

Der Einfluß der kollektiven Mitwirkungsrechte
der Arbeitnehmer in Betrieben und Unternehmen
auf die Tragung des „Betriebsrisikos“

Inaugural - Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Joachim Trescher

Assessor aus Kassel

Marburg

1967

Der Einfluß der kollektiven Mitwirkungsrechte
der Arbeitnehmer in Betrieben und Unternehmen
auf die Tragung des „Betriebsrisikos“

Inaugural - Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von



Joachim Trescher

Assessor aus Kassel

Marburg

1967



Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

angenommen am: 29. Juni 1967

Berichterstatter: Professor Dr. Wolf

Mitberichterstatter: Professor Dr. Bruns

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Juli 1967

	Seite
Einleitung	1
1. Teil	
Kritische Erörterung des "Betriebsrisiko- problems"	4
I. Die Bedeutung des Ausdrucks "Betriebsrisiko"	4
1. "Betriebsrisiko", kein juristischer Begriff	4
2. Wirtschaftsrisiko	5
3. Vertragliche Regelung des "Betriebsrisikos"	8
II. Die historische Entwicklung des "Betriebs- risikoproblems"	8
1. Ausgangspunkt der Problematik	8
2. Titzes Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung	10
3. Leistungshandlung und Leistungserfolg	11
4. Entscheidung des Reichsgerichts RGZ 106,272 ff	13
a) Begründung des Reichsgerichts	13
b) Kritik der Entscheidung	14
5. Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts	16
a) Grundsätze der Sphärentheorie und ihre Kritik	17
aa) bei üblichen, technischen Betriebs- störungen	18
ab) bei Betriebsstörungen durch unvorher- sehbare Ereignisse	19
ac) bei Arbeitskämpfen	21
b) Rechtsprechung unter der Geltung des AOG	23
6. Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte nach 1945	23
7. Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	23
III. Lösung des "Betriebsrisikoproblems" nach den Regelungen des BGB	29
1. Gesetzliche Grundlage für die Lösung des "Betriebsrisikoproblems"	29
2. Ausgangspunkt für die Problemlösung	32
3. Unmöglichkeit der Arbeitsleistung	33
a) Inhalt der Leistungspflicht des Arbeit- nehmers	33
b) Unmöglichkeit der Leistung, Nichter- füllung, Nachholbarkeit	34

II

4. Voraussetzungen des Annahmeverzuges des Arbeitgebers	37
a) Möglichkeit der Leistung	37
b) Leistungsangebot	37
c) Unerheblichkeit der Gründe für die Nichtannahme der Arbeitsleistung	38
5. Rechtsfolgen des Annahmeverzuges	38
6. Voraussetzungen für eine Ausnahme von § 615 BGB	40
a) § 615 BGB als Regelung der Lohngefahr	41
b) Grundlagen der Gefahrtragung	44
c) Anwendung der Grundsätze über die Gefahrtragung bei § 615 BGB	48
7. Ausnahmen von § 615 BGB	50
a) Allgemeiner Umfang des Vertretenmüssens	50
b) Umfang des Vertretenmüssens beim Arbeitnehmer	51
ba) Ausscheiden einzelner Sachverhalte	52
bb) Kollektivrechtliche Sachverhalte	54
8. Vergleich der gefundenen Lösung mit den Ergebnissen der Sphärentheorie	59
9. Zusammenfassung der bisherigen Untersuchungsergebnisse	61
2. Teil	
Der Einfluß der kollektiven Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer in Betrieben und Unternehmen auf die Tragung des "Betriebsrisikos"	63
I. Die Mitwirkungsrechte der §§ 49 - 75 BetrVerfG	
1. Grundlegung für eine Beeinflussung des "Betriebsrisikoproblems"	63
a) Begrenzung des möglichen Einflüßbereiches	65
b) Vertretenmüssen der Betriebsratshandlungen durch die Arbeitnehmer	65
ba) Rechtliche Struktur der Mitwirkungsrechte	67
bb) Haftung der Arbeitnehmer für Handlungen des Betriebsrates	71
bc) Unternehmerwagnis und "Betriebsrisiko"	73
bd) Beteiligung an der Leitung des Betriebes bzw. Unternehmens und Beteiligung am "Betriebsrisiko"	76
be) Umfang des Risikos der Arbeitnehmer	79
2. Kausalzusammenhang zwischen Betriebsratshandlung und Betriebsstörung als Voraussetzung für ein Vertretenmüssen von Betriebsstörungen durch die Arbeitnehmer	81

III

a) Möglicher Bereich eines Kausal-	82
zusammenhangs	
b) Allgemeine Voraussetzungen eines Kausal-	83
zusammenhangs	
c) Voraussetzungen eines Kausalzusammenhangs	84
im konkreten Fall	
ca) Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebs-	85
rat	
cb) Verweigerung der Zustimmung des Betriebs-	89
rates zum Vorschlag des Arbeitgebers	
cc) Entscheidung der Einigungs- bzw. Ver-	90
mittlungsstelle	
3. Der Einfluß auf das "Betriebsrisiko" bei den	93
einzelnen Arten der Mitwirkungsrechte	
a) Ausscheiden einzelner Mitwirkungsrechte	93
aus der weiteren Untersuchung	
aa) Fehlender Sachzusammenhang	93
ab) Mitwirkungsrechte ohne rechtlichen	94
Zwang auf den Arbeitgeber	
b) Mitwirkung gemäß § 56 Abs.1 lit a BetrVerfG	96
c) Mitwirkung gemäß §§ 72 - 75 BetrVerfG	99
II. Mitwirkung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat	102
und Vorstand der das Unternehmen betreibenden	
Gesellschaft	
1. Mitwirkung im Aufsichtsrat der Aktien-	102
gesellschaft	
a) Kausalität zwischen Betriebsstörung	102
und Maßnahmen des Aufsichtsrates	
aa) Rechtliche Stellung des Aufsichtsrates	102
ab) Tatsächliche Machtverhältnisse bei der	104
Aktiengesellschaft	
b) Wirkung der Mitwirkungsrechte	106
c) Vertretenmüssen der Aufsichtsratsmaß-	110
nahmen durch die Arbeitnehmer	
2. Mitwirkung im Aufsichtsrat anderer	114
Gesellschaftsformen	
a) GmbH und bergrechtliche Gewerkschaft,	114
soweit sie dem MitbestG unterliegen	
b) Gesellschaften, die der Regelung der	114
§§ 76,77 BetrVerfG unterliegen	
3. Beteiligung der Arbeitnehmer im Vorstand	117
III. Vertragliche Erweiterung der Mitwirkungsrechte	118
Zusammenfassung	121

Schrifttumsverzeichnis

- Boehmer Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung
2. Buch, 2. Abteilung
Tübingen 1952
- Böhm Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht der Arbeiter im Betrieb
in ORDO, Band IV, S. 21 ff
- Bötticher Waffengleichheit und Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im kollektiven Arbeitsrecht
Karlsruhe 1956
- Boldt Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle
Kommentar, Berlin 1952
- Bührig Handbuch der Betriebsverfassung
Köln 1953
- Bulla Das zweiseitige kollektive Wesen des Arbeitskampfes
in Festschrift für Nipperdey,
Berlin 1955, S. 163 ff
- Deutscher Juristentag
Bericht der Studienkommission des Deutschen Juristentages: Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechtes
Teil I, Berichte der Ausschüsse I und II
Tübingen 1955
Teil II, Bericht des Ausschusses III
Tübingen 1957
Diskussion des 39. Deutschen Juristentages Teil B, S. 83 ff
- Dietz Kommentar zum BetrVerfG
3. Aufl. München 1960
- Dietz Der obligatorische Aufsichtsrat einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung
in Festschrift für Heinrich Lehmann
Band II, 1956, S. 693 ff
- Dietz Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht. Insbesondere seine Auswirkungen in den Aufsichtsräten der Handelsgesellschaften
Karlsruhe 1958

Enneccerus-Lehmann

Recht der Schuldverhältnisse
15. Bearbeitung, Tübingen 1958

Erdmann

Kommentar zum BetrVerfG
Neuwied 1952

Erman

Kommentar zum BGB
3. Aufl., Münster 1958

Esser

Schuldrecht
2. Aufl., Karlsruhe 1960

Fitting

Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht
in Betrieb 1950, S. 228 ff

Fitting-Kraegeloh

Kommentar zum BetrVerfG
4. Aufl., Berlin 1958

Froehlich-Franke-Wagner

Die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz
Köln 1953

Galperin

Zur Theorie der Lehre von der Betriebsgefahr
in RdA 1949, S. 8 ff

Galperin

Kann die Struktur der Beteiligungsrechte im BetrVG durch Tarifvertrag geändert werden?
in Betrieb 1966, S. 620 ff

Galperin-Siebert

Kommentar zum BetrVerfG
4. Aufl., Heidelberg 1963

Heck

Grundriß des Schuldrechts
Tübingen 1929

Herschel

Unternehmerwagnis und Mitbestimmungsrecht
in Arbeitsblatt für die britische Zone,
1948, S. 227 ff

Hessel

Die Problematik des wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts
in BB 1950, S. 371 ff

Hessel

Das kollektive Element im Einzelarbeitsverhältnis
in Betrieb 1958, S. 837 ff

VI

- Hoeniger Arbeitsrecht
 in: Das gesamte Deutsche Recht, Herausg.
 Rudolf Stammler
 Berlin 1931
- Huber Wirtschaftsverwaltungsrecht
 Band II, 2. Aufl., Tübingen 1954
- Hueck Handbuch des Arbeitsrechts
 II. Buch: Das Arbeitsvertragsrecht
 Stuttgart 1922
- Hueck Wirtschaftskrise und Arbeitsvertrag
 in DAR 1933, S. 80 ff
- Hueck Erweiterung des Mitbestimmungsrechtes
 durch Tarifvertrag
 in BB 1952, S. 925 ff
- Hueck Der Aufsichtsrat der G.m.b.H.
 in BB 1953, S. 325 ff
- Hueck Probleme des Streikrechts
 in RdA 1956, S. 201 ff
- Hueck-Nipperdey
 Lehrbuch des Arbeitsrechts
 I. Band, 7. Aufl., Berlin 1963
 II. Band, 6. Aufl., Berlin 1955
- Hueck-Nipperdey-Dietz
 Kommentar zum Gesetz zur Ordnung der
 nationalen Arbeit
 4. Aufl., Berlin 1939
- Jaeger-Lent Kommentar zur Konkursordnung
 8. Aufl., Berlin 1958
- Jorns Das Betriebsrisiko
 Heidelberg 1957
- Kaskel-Dersch Arbeitsrecht
 5. Aufl., Berlin 1957
- Kauffmann Der Einfluß des Mitbestimmungsrechtes
 auf die Verteilung des Betriebsrisikos
 in RdA 1952, S. 448 ff

VII

- | | |
|----------------------|--|
| Koenigs | Mitbestimmung und Betriebsrisiko
in Betrieb 1951, S. 897 ff |
| Koenigs | Grundsatzfragen der betrieblichen
Mitbestimmung
Hamburg 1954 |
| König | Das Problem des Betriebsrisikos
in RdA 1948, S. 54 |
| Kötter | Mitbestimmungsgesetz, Kommentar
Berlin 1952 |
| Kohler | Annahme und Annahmeverzug
in Jehr.Jahrb. 17, S. 261 ff |
| Kühlewein | Die Verantwortlichkeit der Arbeitnehmer-
vertreter im Aufsichtsrat
in NJW 1954, S. 621 ff |
| Kuss-Jacobi | Neue Wege zur Produktionssteigerung
in Arbeitsblatt für die britische Zone
1948, S. 207 ff |
| Larenz | Lehrbuch des Schuldrechts
I.Band, Allgemeiner Teil, 7. Aufl.,
Berlin 1964 |
| Larenz | Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung
Berlin 1957 |
| Löwisch | Zur Frage des Anspruchs auf Arbeitsentgelt
bei Betriebsstörungen infolge von Arbeits-
kämpfen
in Betrieb 1963, S. 899 ff |
| Maus | Das Deutsche Arbeits- und Sozialrecht
I. Band, Das Arbeitsverhältnis
Schloß Bleckede an der Elbe 1948 |
| Mayer-Maly/Nipperdey | Risikoverteilung in mittelbar von recht-
mäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben
Recht und Staat, Heft 304/305, Tübingen 1965 |
| Meissinger | Begriffsklärung zum Mitbestimmungsrecht
in RdA 1950, S. 41 ff |

VIII

- Mestmäcker Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte
 der Aktionäre
 Karlsruhe 1958
- Molitor Lohnanspruch arbeitswilliger Arbeitnehmer
 bei Teilstreik
 in BB 1953, S. 886 ff
- Müller-Lehmannn Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz
 Bergbau und Eisen
 Heidelberg 1952
- Neuloh Der neue Betriebsstil
 Tübingen 1960
- Neumann-Duesberg Betriebsverfassungsrecht
 Berlin 1960
- Nikisch Arbeitsrecht
 Band I, 2. Aufl., Tübingen 1955
 3. Aufl., Tübingen 1961 (Zitate
 ohne Angabe beziehen sich auf
 die 3. Aufl.)
 Band III, 2. Aufl. Tübingen 1966
- Nikisch Die Betriebsrisikofrage im neuen Arbeits-
 recht
 in SJZ 1948, Spalte 14 ff
- Oertmann Deutsches Arbeitsvertragsrecht
 Berlin 1923
- Oertmann Kommentar zum BGB
 Recht der Schuldverhältnisse
 5. Aufl., 1. Abteilung, Berlin 1928
 2. Abteilung, Berlin 1929
- Palandt BGB, Kommentar
 25. Aufl., Berlin 1966
- Planck Kommentar zum BGB
 II. Band, 2. Hälfte, 4. Aufl., Berlin 1928
- Raiser Die wirtschaftsverfassungsrechtlichen
 Fragen der Gestaltung der Unternehmensform
 Referat des 39. Deutschen Juristentages
 Tübingen 1952, B S. 57 ff

IX

- Redding Aufsichtsrat und Interessenkollision
in NJW 1956, S. 48 ff
- Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB
II. Band, 1. Teil: Einzelne Schuldver-
hältnisse §§ 611 - 704, bearbeitet
von Denecke
11. Aufl., Berlin 1959
- Reinhardt Die für die Ordnung der Wirtschaft maß-
gebenden Grundsätze und die Rechtsform
der Mitbestimmung
in Festschrift für H.C.Nipperdey
Berlin 1955, S. 235 ff
- Reinhardt Die gesellschaftsrechtlichen Fragen der
Gestaltung der Unternehmensform
Referat des 39. Deutschen Juristentages
Tübingen 1952, B S. 5 ff
- Rüthers Zur Rechtmäßigkeit von Sympathie-
Arbeitskämpfen
in BB 1964, S. 312
- Schilling Die Mitbestimmung im Lichte des Gesell-
schaftsrechts
in RdA 1954, S. 441
- Schmidt in: Großkommentar zum Aktiengesetz,
begr. von Gadow-Heinichen
Band I, 2. Aufl., Berlin 1961
- Schmidt Die Obliegenheiten
Karlsruhe 1953
- Schmitz Leitung, Mitbestimmung und Gefahrtragung.
Eine methodische und dogmatische Betrachtung
der Beziehungen zwischen Leitung und Mit-
bestimmung nach dem BetrVerfG in ihrer
Auswirkung auf das Problem des sogenannten
Betriebsrisikos
Dissertation Köln, 1954 (Maschinenschr.)
- Schnorr v. Carolsfeld
Arbeitsrecht
2. Aufl., Göttingen 1954
- Siebert Die Mitwirkung und Mitbestimmung der
Arbeitnehmer nach dem Betriebsverfassungs-
gesetz
in BB 1952, S. 832 ff

- Siebert Risikolage bei Arbeitsaufnahme nach Streik
in BB 1954, S. 966 f
- Siebert Grundgedanken der Betriebsverfassung
in RdA 1958, S. 161 ff
- Sieveking Transporthindernisse beim Versendungskauf
in MDR 1949, S. 329 ff
- Soergel-Siebert BGB-Kommentar
Band I, 11. Aufl., Stuttgart 1959
- Staudinger-Nipperdey-Mohnen
Kommentar zum BGB
II. Band, 3. Teil, 11. Aufl., Berlin 1958
- Staudinger-Weber Kommentar zum BGB
II. Band, Teil 1 b, § 242, 11. Aufl.
Berlin 1961
- Staudinger-Werner Kommentar zum BGB
II. Band, Teil 1, 9. Aufl., Berlin 1932
- Titze Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht
Leipzig 1900
- Titze Zur Risikofrage im Arbeitsverhältnis
in JW 1922, S. 548 ff
- Trautmann Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug beim Arbeitsvertrag
in Gruchots Beiträge 59, S. 434 ff
- Wolf Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden
in AcP 153, S. 97 ff
- Wolf Störungen bei der Arbeitsleistung im Arbeitsverhältnis
ungedrucktes Merkblatt(Zitierweise:
Wolf, Merkblatt)
- Wolff Mitbestimmung, Mitverantwortung und persönliche Haftung
in BB 1951, S. 310 ff

Einleitung

Im arbeitsrechtlichen Schrifttum und in der Rechtsprechung wird unter dem Problem des "Betriebsrisikos" die Frage verstanden, ob ein Arbeitnehmer (ArbN) seinen Lohnanspruch behält, wenn er infolge einer Betriebsstörung seine Arbeit nicht leistet. ⁽¹⁾

Bis Anfang der zwanziger Jahre dieses Jahrhunderts wurde die Antwort auf diese Frage auf Grund der Vorschriften des BGB, insbesondere der §§ 323, 615 BGB gefunden. ⁽²⁾ Hiervon wich zum erstenmal das Reichsgericht (RG) in seiner Entscheidung vom 6.2.1923 ⁽³⁾ ab. In dem Sachverhalt, der dieser Entscheidung zugrunde lag, war die Betriebsstörung durch einen Teilstreik verursacht worden. Im Hinblick darauf, daß eine Arbeitskampfmaßnahme die Betriebsstörung herbeigeführt hatte, bezeichnete das RG die in §§ 323, 615 BGB getroffenen Regelungen als unbefriedigend und begründete seine Entscheidung mit den "sozialen Verhältnissen", die zwischen Arbeitgebern (ArbG) und ArbN bestehen. Diese für einen bestimmten Fall gegebene Begründung des RG setzte sich in der Folge durch, sodaß danach allgemein das gesamte Problem des "Betriebsrisikos" unter Außerachtlassen der Regelungen des BGB gelöst wurde.

Das führte dazu, daß das Reichsarbeitsgericht (RAG) Grundsätze aufstellte, nach denen unabhängig vom BGB Rechtsstreitigkeiten über "Betriebsrisikofragen" entschieden wurden; in diesem Zusammenhang wurde auch die Bezeichnung "Betriebsrisiko" eingeführt.

Auch das Bundesarbeitsgericht (BAG) hält eine Lösung des "Betriebsrisikoproblems" auf Grund der Regelungen im BGB für nicht möglich und leitet seine Entscheidungen

(1) BAG 3,346,347; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 615 Anm. 50; Jorns, S. 12

(2) vgl. die Angaben bei Hueck, Arbeitsvertragsrecht, § 8 V (90 f.) und Anm. 60 (90 f.)

(3) RGZ 106,272 ff

zu diesem Problem aus allgemeinen Grundgedanken des Arbeitsrechts und den Prinzipien der herrschenden Wirtschaftsverfassung ab. ⁽¹⁾

Nach dem Zweiten Weltkrieg hat im kollektiven Arbeitsrecht ein weiterer Sachverhalt an Bedeutung gewonnen: Die Wiedereinführung und Erweiterung kollektiver Mitwirkungsrechte der ArbN in den Betrieben und Unternehmen durch das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVerfG), das Gesetz über die Mitbestimmung der ArbN in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (MitbestG) und durch das Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der ArbN in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (MitbestErgG). Die durch diese Neuregelungen entstandene Rechtslage erfordert eine Untersuchung darüber, ob und inwieweit die kollektiven Mitwirkungsrechte der ArbN in den Betrieben und Unternehmen eine Änderung in der Verteilung des "Betriebsrisikos" bedingen. ⁽²⁾

Die Bedeutung dieser Untersuchung erschöpft sich nicht darin, die Frage der Verteilung des "Betriebsrisikos" unter Einbeziehung der durch die kollektiven Mitwirkungsrechte der ArbN entstandenen Sachverhalte zu beantworten. Gleichzeitig wird damit nämlich auch gezeigt, ob die kollektiven Mitwirkungsrechte der ArbN auch Nachteile für die ArbN haben können. Dies ist für die seit Jahren diskutierte Problematik wichtig, ob die Mitwirkungsrechte der ArbN über den bestehenden Umfang hinaus erweitert werden sollen. Entstehen nämlich durch die Mitwirkungsrechte auch Nachteile für die ArbN, so wird es fraglich, ob die Forderung der Gewerkschaften nach Vermehrung der Mitwirkungsrechte im Interesse der ArbN liegt.

(1) grundlegend BAG 3, 346 ff, 347/348

(2) Enneccerus-Lehmann, § 147 III 2 (631); Staudinger-Weber, § 242 Anm. C 72 ff; Boehmer, II, 2, § 32 V 1 (194)

Für die folgende Untersuchung ist es notwendig, zunächst das Problem der Verteilung des "Betriebsrisikos" ohne Berücksichtigung der bestehenden Mitwirkungsrechte der ArbN zu erörtern. Erst wenn Klarheit über die gesetzliche Regelung des "Betriebsrisikos" im BGB besteht, kann die Frage beantwortet werden, ob die Mitwirkungsrechte der ArbN Einfluß auf das "Betriebsrisikoproblem" haben.

Bei der zunächst durchzuführenden Untersuchung des "Betriebsrisikoproblems" bedarf es keiner erschöpfenden Darstellung aller zu dieser Frage vertretenen Ansichten; denn diese Erörterungen sollen nur klare Voraussetzungen für die weitere Untersuchung schaffen. Eine eingehende Darstellung erübrigt sich auch deswegen, weil bei Jorns⁽¹⁾ eine ausführliche Zusammenstellung der Meinungen zum "Betriebsrisikoproblem" gegeben wird.

(1) Jorns, Das Betriebsrisiko, 15 ff

1. Teil

Kritische Erörterung des "Betriebsrisikoproblems"

I. Die Bedeutung des Ausdrucks "Betriebsrisiko"

1. Wie bereits in der Einleitung erwähnt wurde, wird unter "Betriebsrisiko" sowohl im arbeitsrechtlichen Schrifttum als auch in der Rechtsprechung die Frage verstanden, ob der ArbN seinen Lohnanspruch behält, wenn er infolge einer Betriebsstörung seine Arbeit nicht leistet.

Der Ausdruck "Betriebsrisiko" ist nach seiner Wortbedeutung nicht geeignet, dieses spezielle arbeitsrechtliche Problem zu bezeichnen. Der Wortbestandteil "Risiko" ist für sich genommen mehrdeutig:

- a) Der Ausdruck "Risikotragung" kann synonym für Gefahretragung gebraucht werden und hat dann einen abgegrenzten Begriffsinhalt, nämlich Tragenmüssen von Schäden oder sonstigen Nachteilen, die nicht durch schuldhaftes Handeln einer Person verursacht werden (Zufall).
- b) Unter "Risiko" kann aber auch das Tragenmüssen von allen in einem bestimmten Zusammenhang auftretenden Verlusten verstanden werden, wobei es nicht auf die Verursachung der Verluste ankommt und somit auch die Gefahr eigenen Handelns umfaßt wird.

In dem Ausdruck "Betriebsrisiko" wird eine Unterscheidung zwischen diesen möglichen Bedeutungen des Wortes "Risiko" nicht getroffen. "Betriebsrisiko" umfaßt danach das Tragen der "Gefahr" von irgendwelchen Verlusten, die in irgendeiner unternehmerischen Tätigkeit liegt, einschließlich des Tragens der "Gefahr" von Nachteilen, die aus Störungen des Betriebsablaufs entstehen. Solche Nachteile erschöpfen sich nicht in dem Fortbestehen der Lohnzahlungspflicht trotz nicht geleisteter Arbeit, sondern umfassen auch den Produktionsausfall, entgangenen

Gewinn, Schadensersatzpflichten und jede sonstige Beeinträchtigung der geschäftlichen Tätigkeit und des geschäftlichen Erfolgs.⁽¹⁾ Das Wort "Betriebsrisiko" bezeichnet also keinen Begriff, sondern ist eine Sammelbezeichnung für heterogene Fälle. Eine solche Sammelbezeichnung kann nicht Ausgangspunkt einer dogmatischen juristischen Analyse sein. Es handelt sich dabei um eine die dogmatischen Zusammenhänge verfälschende und verdeckende Pauschalklausel der "Schadensverteilung".

Da jedoch seit mehr als dreißig Jahren der Ausdruck "Betriebsrisiko" in Schrifttum und Rechtsprechung einmütig als Bezeichnung für das Problem der Lohnfortzahlung bei Betriebsstörungen verwendet wird, soll dieser Sprachgebrauch auch bei der folgenden Untersuchung beibehalten werden. Zur terminologischen Abgrenzung soll demgegenüber das Risiko, sämtliche mit der Unternehmertätigkeit verbundenen Nachteile tragen zu müssen, als "Unternehmerrisiko" bezeichnet werden.⁽²⁾

2. Es ist versucht worden, den mit der Bezeichnung "Betriebsrisiko" umschriebenen Sachverhalt in der Weise einzuschränken, daß man zwischen den Ursachen von Betriebsstörungen unterschieden und die Fälle aus der "Betriebsrisikoproblematik" ausgeklammert hat, in denen wirtschaftliche Schwierigkeiten zu einer Stilllegung oder Einschränkung des Betriebs führen. Hierbei wurden vor allen Dingen die Sachverhalte gemeint, bei denen der ArbG infolge Auftragsmangels das Unternehmen nicht mehr gewinnbringend weiterführen kann und den Betrieb deshalb einstellt. Diese Fälle sind unter der Bezeichnung "Wirtschaftsrisiko" zusammengefaßt worden und wurden solchen Betriebsstörungen gegenübergestellt, bei denen die Erreichung des technischen Zweckes ausgeschlossen ist und der ArbG aus diesem Grunde die Arbeit der ArbN nicht ausführen lassen kann.⁽³⁾ Die Aussonderung dieser Sach-

(1) Nikisch, 2. Aufl. Bd. I, § 42 Anm. 1 (486)

(2) Hueck-Nipperdey, Bd. I, § 44 Anm. 100 (348)

(3) Nikisch Bd. I, § 42 III 1 (608); Hueck-Nipperdey Bd. I, § 44 IV 1 (348 f); Jorns, S. 12

verhalte aus dem Problem des "Betriebsrisikos" ist jedoch sachlich nicht gerechtfertigt. Das kann daran gezeigt werden, daß die Feststellung, ob eine Betriebsstörung zum "Wirtschaftsrisiko" oder zum "Betriebsrisiko" gehört, nach dieser Unterscheidung infolge der wirtschaftlichen Wechselwirkungen sehr leicht dem Zufall unterworfen ist. (1) Stellt der ArbG fest, daß sein Unternehmen nicht mehr rentabel ist und legt er deshalb seinen Betrieb still, so soll dieser Sachverhalt nicht zu den "Betriebsrisikofällen" zählen. Hat aber ein Rohstofflieferant die wirtschaftliche Krise des Unternehmens ebenfalls erkannt und hält er deswegen seine Zulieferungen zurück, so daß der Betrieb technisch nicht mehr weiterzuführen ist, dann soll die Frage der Lohnfortzahlung als ein "Betriebsrisikoproblem" behandelt werden. Die Unterscheidung zwischen "Betriebsrisiko" und "Wirtschaftsrisiko" wird noch fragwürdiger, wenn man den Fall hinzuzieht, in dem die Betriebsstörung zwar auf wirtschaftlichen Schwierigkeiten beruht, diese Schwierigkeiten ihrerseits aber durch einen Streik der ArbN verursacht worden sind. (2) (3) Daß bei dieser Verzahnung der Zusammenhänge die Fälle, in denen wirtschaftliche Schwierigkeiten zu einer Stilllegung oder Einschränkung des Betriebes führen, aus der "Betriebsrisikoproblematik" auszuklammern seien, kann nicht überzeugen.

(1) Erman-Küchenhoff, § 615 Anm. 5 c A

(2) Es kann hier sowohl an den Fall des "New York Mirror" gedacht werden, der durch den langanhaltenden Zeitungstreik in den USA im Winter 1962/63 solche Verluste erlitten hatte, daß er im Oktober 1963 sein Erscheinen einstellen mußte (vgl. Bericht der FAZ vom 17.10.1963, S. 11). Aber auch die Situation, wie sie sich anläßlich des Streiks der IG Metall Süddeutschland im Frühjahr 1963 zu entwickeln drohte, kann ein Beispiel liefern: Durch den Stillstand der Automobilindustrie fand die Produktion einiger Zulieferer nicht mehr den kalkulierten Absatz, so daß aus wirtschaftlichen Erwägungen eine Stilllegung auch dieser Betriebe in Betracht kam.

(3) Insoweit zutreffend Löwisch, DB 63, 899

Ein sachliches Kriterium dafür, das sogenannte "Wirtschaftsrisiko" aus dem "Betriebsrisikoproblem" auszuheben, besteht also nicht. Die besondere Stellung, die diesen nur scheinbar einheitlichen Sachverhalten durch einen Teil der Lehre zugedacht wird, ist wohl auch nur darauf zurückzuführen, daß man meint, die Frage der Lohnfortzahlung sei bei diesen Betriebsstörungen unproblematisch ⁽¹⁾, weil der ArbG in diesen Fällen immer den Lohn weiterzuzahlen habe. Wie aber das oben angeführte Beispiel des Streiks zeigt, ist diese Konsequenz für solche Sachverhalte nicht ohne weiteres zu ziehen.

Zutreffend hat deswegen die Rechtsprechung die Frage nach dem Lohnanspruch auch bei den Betriebsstörungen, die durch Auftragsmangel oder durch allgemeinen Konjunkturrückgang verursacht worden waren, als "Betriebsrisikoproblem" angesehen. ⁽²⁾ Auch der Sachverhalt, in dem die Betriebsstörung auf einer behördlichen Anordnung beruht, wurde vom RAG als "Betriebsrisikofall" behandelt. ⁽³⁾ Das RAG sagte in dieser Entscheidung ausdrücklich, daß die Beschränkung der Betriebsrisikolehre auf solche Störungen, deren Ursache betriebstechnischer Art ist, zu eng sei.

Daß bei der vorliegenden Untersuchung sämtliche Fälle von Betriebsstörungen erörtert werden, hat einen weiteren Grund darin, daß die Mitwirkungsrechte der ArbN in den Betrieben und Unternehmen sich nicht auf den betriebstechnischen Bereich beschränken, sondern auch in wirtschaftliche Angelegenheiten eingreifen. Es ist deshalb notwendig zu klären, wer bei wirtschaftlich bedingten Betriebsstörungen die Lohngefahr zu tragen hat, weil nur dann untersucht werden kann, ob die Mitwirkungsrechte der ArbN hierauf Einfluß haben.

(1) Hueck-Nipperdey, Bd. I, § 44 IV 1 (349)

(2) vgl. z.B. RAG in ARS 9, 537 ff, 540; ARS 13, 160 ff, 165; LAG Hamburg in MDR 48, 11 ff, 12 f

(3) RAG in ARS 23, 219 ff, 225: Spielverbot für Musikkapellen wegen Hindenburgtrauer

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß das Wort "Betriebsrisiko" keinen juristischen Begriff bezeichnet, der dogmatisch bestimmt und abgrenzbar ist. Da das Problem des "Betriebsrisikos" anerkanntermaßen dogmatisch nicht gelöst ist, bestehen keine Bedenken, die Bezeichnung "Betriebsrisiko" in einer weiten Bedeutung zu gebrauchen und damit den Gegenstand dieser Untersuchung entsprechend weit zu fassen.

Wenn daher in der Untersuchung von Betriebsstörung gesprochen wird, so wird darunter nicht nur die auf technischen Ursachen beruhende Störung des Betriebsablaufs, sondern auch die durch den ArbG angeordnete Betriebsunterbrechung verstanden.

3. Da es für die Frage der Lohnfortzahlung bei Betriebsstörungen keine zwingenden gesetzlichen Regelungen gibt, ist es den Partnern des Arbeitsverhältnisses möglich, hierüber Vereinbarungen zu treffen.⁽¹⁾ Soweit dies durch Einzelarbeitsvertrag oder Tarifvertrag geschehen ist, stellt sich das Problem der Verteilung des "Betriebsrisikos" also nicht.

Die Erörterung des "Betriebsrisikoproblems" ist somit zunächst nur für die Fälle notwendig, in denen eine vertragliche Regelung fehlt. Aber auch für die Vielzahl der Arbeitsverhältnisse, bei denen diese Frage einzel- oder tarifvertraglich geregelt werden soll, hat eine Klarstellung der Rechtslage insoweit Bedeutung, als sie Ausgangspunkt für das Aushandeln einer Regelung ist.

II. Die historische Entwicklung des "Betriebsrisikoproblems"

1. Nach dem Inkrafttreten des BGB wurde die Frage der Lohnfortzahlung bei Betriebsstörungen nach den Regelungen des BGB beantwortet.⁽²⁾ Als Entstehungsgrund des

(1) BAG in AP Nr.5 zu § 615 BGB, Betriebsrisiko

(2) Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 IV 2 a (349 f) und die dort in Anm. 108, 109 Zitierten

Arbeitsverhältnisses sah man den Arbeitsvertrag an, der als Unterfall des Dienstvertrages aufgefaßt wurde. Folgerichtig wurde das Arbeitsverhältnis zu den gegenseitigen Schuldverhältnissen gerechnet, so daß neben den §§ 611 ff BGB die Regelungen der §§ 320 ff BGB angewendet wurden.

Bei der Anwendung dieser Regelungen ergab sich folgende Problematik: Der Anspruch des ArbN auf Lohn steht in einem synallagmatischen Verhältnis zu dem Anspruch des ArbG auf Arbeit; der ArbN kann die Leistung Lohn nur verlangen, wenn er die Gegenleistung Arbeit erbracht hat, §§ 614, 320 BGB. Wird die Arbeitsleistung unmöglich, ohne daß der ArbG oder der ArbN die Unmöglichkeit zu vertreten hat, verliert der ArbN seinen Anspruch auf Lohn, § 323 BGB. Liegt also bei den "Betriebsrisikofällen" unverschuldete Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vor, so verliert der ArbN deshalb seinen Lohnanspruch.

Unterbleibt in den "Betriebsrisikofällen" die Arbeit, so kann dies aber auch den Tatbestand des Annahmeverzuges erfüllen. In diesem Fall behält der ArbN seinen Lohnanspruch, ohne zur Nachleistung der Arbeit verpflichtet zu sein, § 615 BGB.

Den Tatbeständen der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung und des Annahmeverzuges des ArbG ist gemeinsam, daß die Arbeitsleistung nicht erbracht wird. Die Rechtsfolgen beider Tatbestände sind jedoch verschieden. Es mußte deshalb geklärt werden, ob in den "Betriebsrisikofällen" ein Annahmeverzug des ArbG oder eine Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vorliegt. Da der Annahmeverzug voraussetzt, daß die Leistung möglich ist, wird mit der Feststellung, daß Unmöglichkeit gegeben ist, gleichzeitig der Tatbestand des Annahmeverzuges ausgeschlossen. Die Frage nach der Lohnfortzahlung in den "Betriebsrisikofällen" spitzte sich demnach auf das Problem zu, ob in diesen Fällen Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vorliegt.

2. Zu dieser Frage wurde die Stellungnahme von Titze⁽¹⁾ als grundlegend betrachtet:

Nach Titze setzt die Ausführung der vom ArbN geschuldeten Tätigkeit zweierlei voraus: Einmal als subjektive Voraussetzung die Fähigkeit des ArbN, die versprochene Tätigkeit auszuführen, und zum anderen ein Stück der Außenwelt, auf welches sich die Arbeit bezieht, sei es das zu bearbeitende Objekt, seien es sonstige gegenständliche Voraussetzungen für die Arbeitsleistung. Sowohl die subjektive Seite als auch das "Substrat" der Tätigkeit sind zur Herbeiführung des bestimmten Arbeitserfolges notwendig. Beide Voraussetzungen sind deshalb gleichwertig. Fehlt eine der beiden Erfolgsbedingungen, so kann die Arbeitsleistung nicht vollbracht werden, sie ist unmöglich.

Für den Annahmeverzug bleiben hiernach nur die Fälle übrig, in denen die subjektiven und objektiven Voraussetzungen der Arbeitsleistung "in abstracto" vorliegen und der ArbG es nur unterläßt, die notwendigen Beziehungen zwischen ihnen herzustellen, damit die "abstrakte" Möglichkeit der Arbeitsleistung zur "konkreten Wirklichkeit" wird.⁽²⁾ Das ist z.B. der Fall, wenn der ArbG wegen Unwirtschaftlichkeit des Unternehmens den Betrieb stilllegt, obwohl die technischen Voraussetzungen für seine Fortführung vorhanden sind. Hier liegt nach Titze Annahmeverzug vor, mit der gesetzlichen Folge, daß die ArbN ihre Lohnansprüche behalten.⁽³⁾

Für alle anderen Fälle einer Betriebsstörung ist nach Titze Unmöglichkeit der Arbeitsleistung anzunehmen. Das bedeutet, daß bei diesen Sachverhalten die ArbN ihre Lohnansprüche verlieren.

Diese Meinung lag auch einer Reihe von Gerichtsentscheidungen zugrunde, in denen die ArbN bei betriebstechnischen

(1) Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach BGB, 21 ff

(2) Titze, a.a.O., S. 25

(3) Titze, a.a.O., S. 27

Störungen mit ihrer Lohnklage abgewiesen wurden.⁽¹⁾

3. Der durch die Stellungnahme Titzes für den Annahmeverzug eingeführte Begriff der "abstrakten" Leistungsmöglichkeit widerspricht jedoch der gesetzlichen Regelung insofern, als nach § 294 BGB die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden muß. Danach kommt es also allein auf die "konkrete" Leistungsmöglichkeit an, während eine Arbeitsleistung "in abstracto" weder angeboten noch angenommen werden kann.⁽²⁾ Der grundlegende Irrtum der Lehre von Titze ist jedoch darin zu finden, daß sie bei der Frage nach der Unmöglichkeit der vom ArbN geschuldeten Leistung nicht scharf genug zwischen dem Inhalt der Arbeitsleistung und dem Erfolg unterschied, den diese herbeiführen soll.

Auf diese Unterscheidung wies Trautmann hin.⁽³⁾ Zur Begründung dafür stützte er sich auf den Wortlaut der §§ 295, 297 BGB. In diesen Regelungen wird für die Schuldverhältnisse, in denen der Gläubiger bei der Bewirkung der Schuldnerleistung mitwirken muß, die Leistung des Schuldners als möglich bezeichnet, obwohl diese wegen Fehlens der Gläubigermitwirkung ausbleibt. Trautmann folgerte daraus zu Recht, daß eine Leistung als möglich angesehen werden muß, wenn sie unter der Voraussetzung, daß der Gläubiger das ihm Obliegende getan hätte, hätte bewirkt werden können.⁽⁴⁾

Auf Grund dieser Erkenntnis mußte in allen "Betriebsrisikofällen" Annahmeverzug des ArbG angenommen werden; denn dachte man die dem ArbG obliegende Bereitstellung der notwendigen Arbeitsvoraussetzungen hinzu, so hätten die ArbN ihre Arbeit leisten können; ihre geschuldete Leistung war also möglich.

(1) vgl. die Aufstellung bei Hueck, Arbeitsvertragsrecht, § 8 Anm. 60 (90 f)

(2) Trautmann in Gruch 59, 434

(3) Trautmann, a.a.O. 438

(4) Trautmann, a.a.O. 454 f

Nach dieser Ansicht war in allen "Betriebsrisikofällen" die Regelung des § 615 BGB anzuwenden, so daß der ArbN seinen Lohnanspruch behielt, ohne zur Nachleistung der Arbeit verpflichtet zu sein. Da in den gesetzlichen Regelungen über den Annahmeverzug nicht unterschieden wird, aus welchem Grund der Gläubiger die notwendige Mitwirkungshandlung unterläßt, fielen nach dieser Ansicht auch die Sachverhalte unter die Regelung in § 615 BGB, in denen die Betriebsstörung auf Handlungen von ArbN beruhte. Besonders für die Fälle des sogenannten billigen Streiks, bei denen lediglich wenige ArbN streiken, deren Arbeit aber betriebsnotwendig ist und die deshalb eine totale Betriebsstörung verursachen (z.B. Streik einiger ArbN am Beginn eines Fließbandes, Streik der ArbN in der Energiezentrale), erschien es unbefriedigend, daß der ArbG dem überwiegenden Teil der Belegschaft den Lohn zahlen sollte.⁽¹⁾

Hoeniger versuchte deshalb zu begründen, daß in diesen Fällen der Tatbestand des Annahmeverzuges nicht gegeben sei.⁽²⁾ Er führte hierzu an, daß die Arbeitsleistung des einzelnen ArbN nur in Gemeinschaft mit den Leistungen der übrigen ArbN erbracht werden könne, so daß der einzelne ArbN seine Leistung überhaupt nicht unabhängig von dem Verhalten der übrigen ArbN im Sinne von § 293 BGB anbieten könne. Damit wurde im Grunde genommen wieder auf den Leistungserfolg abgestellt, der für die Frage nach der Möglichkeit der Arbeitsleistung und damit auch für die Frage nach dem Leistungsangebot nach § 293 BGB gerade nicht maßgebend ist. Die Nichtanwendbarkeit des § 615 BGB konnte somit nicht begründet werden, so daß das unbefriedigende Ergebnis - Lohnzahlungspflicht bei durch Schwerpunkstreiks verursachten Betriebsstörungen - bestehen blieb.

(1) vgl. Titze in JW 1922, 548 ff, 550; Hueck, Arbeitsvertragsrecht, S. 92 f; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, S. 170 f

(2) Hoeniger in Stammer, Das gesamte deutsche Recht, I, 1501

4. Ein Fall der Betriebsstörung durch Teilstreik lag auch der Entscheidung des RG vom 6.2.1923 ⁽¹⁾ zugrunde, in der die Frage des "Betriebsrisikos" zum ersten Mal ohne Anwendung der §§ 323, 615 BGB entschieden wurde. Gegenstand des Rechtsstreits war folgender Sachverhalt:

Durch einen Streik der ArbN im Kraftwerk der Stadt X fiel die Stromversorgung aus. Die im Straßenbahnbetrieb der Stadtwerke beschäftigten ArbN, die sich dem Streik nicht angeschlossen hatten, konnten deshalb ihre Arbeit nicht leisten. Sie verlangten von den Stadtwerken Zahlung ihres vollen Lohnes. Das RG wies die Klage der ArbN ab.

a) Zur Begründung führte das RG aus, daß für eine befriedigende Lösung dieses Falles nicht die Regelungen des BGB maßgebend sein könnten, sondern der Gedanke der sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft, der das Verhältnis zwischen ArbG und ArbN beherrsche, berücksichtigt werden müsse. ⁽²⁾ Der einzelne ArbN trete auf Grund seines Einzelarbeitsvertrages in die Arbeiterschaft und damit in den Gesamtorganismus des Betriebes ein. Im gemeinschaftlichen Zusammenwirken von Unternehmer und Arbeiterschaft werde das Betriebsergebnis gewonnen. Wenn aber das gemeinschaftliche Zusammenwirken von Unternehmer und Arbeiterschaft die Grundlage für die Lohnzahlungen schaffe, könne nicht verlangt werden, daß der Unternehmer allein die Folgen tragen müsse, wenn der Betrieb aus Gründen stillstehe, die nicht von ihm ausgingen. Werde also durch das Verhalten der Arbeiterschaft der Betriebsablauf gestört und blieben deshalb die Betriebseinnahmen aus, so sei es dem Unternehmer nicht zuzumuten, aus anderen Mitteln für die Lohnzahlung zu sorgen. Wenn bei einem Teilstreik die Arbeitswilligen keinen Lohn beanspruchen könnten, so handle es sich dabei nicht um eine Haftung der Arbeitswilligen für die streikenden ArbN. Der Grund liege vielmehr darin, daß mit der Betriebsunterbrechung die Grundlage für die Lohnzahlung entfallen sei.

(1) RGZ 106, 272 ff

(2) RGZ 106, 272 ff, 275

Schließlich führte das RG in seiner Begründung noch aus, daß das aus den "sozialen Verhältnissen" gewonnene Ergebnis in die Regelung des BGB eingefügt werden könne. Der Sachverhalt sei unter den Tatbestand der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung zu subsumieren und der Verlust des Lohnanspruches ergebe sich somit nach § 323 BGB.⁽¹⁾

- b) Bei kritischer Untersuchung dieser Entscheidung kann zunächst festgestellt werden, daß die Subsumtion des gefundenen Ergebnisses unter die Regelung des § 323 BGB nicht der tragende Grund für die getroffene Entscheidung ist. Dieser Teil der Begründung ist nur als Versuch anzusehen, den Nachweis zu erbringen, daß die ausgesprochene Rechtsfolge der gesetzlichen Regelung in § 323 BGB entspricht. Entscheidend für die Begründung sind vielmehr die vom RG aufgestellten Grundsätze, die auf einer Berücksichtigung der "sozialen Verhältnisse" aufbauen.⁽²⁾

Hierbei ist der Ausgangspunkt zutreffend, daß eine Lösung des "Betriebsrisikoproblems" im Falle des Streiks nicht schematisch nach den Regelungen des BGB gefunden werden kann; denn im BGB ist der Tatbestand des Arbeitskampfes nicht berücksichtigt und dieses enthält daher auch keine Regelung der dadurch entstehenden Verhältnisse. Bei der Problemlösung muß deshalb dieser Tatbestand des kollektiven Arbeitsrechts berücksichtigt werden.

Das RG begründete seine Entscheidung jedoch nicht mit dem Tatbestand des Streiks und der Gruppenstellung der ArbN. Im Gegenteil wird ein Entstehenmüssen der Arbeitswilligen für die Streikenden sogar ausdrücklich verneint. Indem die Entscheidung statt dessen auf die Arbeits- und Betriebsgemeinschaft zwischen ArbG und

(1) RGZ 106, 272 ff, 276

(2) vgl. hierzu und zu Folgendem: Wolf, Merkblatt, S.9 ff

ArbN abstellt, löst sie sich von der speziell durch einen Teilstreik aufgeworfenen Sonderproblematik und verfehlt dadurch den methodisch richtigen Ansatzpunkt.

Aber auch sachlich ist es nicht zutreffend, wenn das RG bei Betriebsstörungen, die durch Streik verursacht werden, die "Betriebsrisikoverteilung" mit einer zwischen dem ArbG und der ArbN-schaft bestehenden Arbeitsgemeinschaft begründet. ArbG und ArbN stehen sich auch nach den Regelungen des Betriebsverfassungsrechts nur als Partner mit gegenseitigen Ansprüchen gegenüber und bilden keine Gemeinschaft, erst recht nicht in der Kampfsituation eines Streiks.

Soweit das RG in der Entscheidung allgemeine Grundsätze für die Lösung der "Betriebsrisikofälle" als obiter dicta gibt, ist ihre Begründung schon deshalb unzureichend, weil durch diese nicht nachgewiesen wird, aus welchem Grund die Anwendung der §§ 323, 615 BGB für alle "Betriebsrisikofälle" auszuschließen ist. Wenn sich auch seit Inkrafttreten des BGB die Anschauungen über die Stellung des ArbN im Betrieb geändert hatten, so war damit doch keine Änderung der für die arbeitsvertraglichen Beziehungen zwischen ArbG und ArbN maßgebenden gesetzlichen Regelungen verbunden, die diese völlige Abwendung von den Regelungen des BGB begründete. Einer Rechtfertigung für die Nichtanwendung der gesetzlichen Regelungen hätte es aber umso mehr bedurft, als die Grundsätze des RG den Regelungen des BGB widersprechen. Der für die "Betriebsrisikofälle" in Betracht zu ziehende § 615 BGB setzt voraus, daß der Tatbestand des Annahmeverzuges erfüllt ist. Beim Annahmeverzug wird nicht unterschieden, aus welchem Grund der Gläubiger die Leistung nicht annimmt. Im Gegensatz zu dieser Regelung wird aber in der Entscheidung des RG darauf abgestellt, welche Ursache zu der Betriebsstörung geführt hat.

Da jedoch das Ergebnis der Entscheidung des RG für den Fall des Teilstreiks überzeugte, wurde die Entscheidung trotz der Mängel in der Begründung allgemein gebilligt und erlangte damit einen über den konkreten Fall hinausreichenden Einfluß auf die gesamte "Betriebsrisikolehre".

5. Dieser Einfluß zeigte sich besonders in der Rechtsprechung des RAG. Zwar ließ das RAG in seiner ersten einschlägigen Entscheidung die Berechtigung der vom RG aufgestellten Grundsätze für die Verteilung des "Betriebsrisikos" ausdrücklich dahingestellt.⁽¹⁾ Die Anwendung der §§ 323, 615 BGB schloß es aber auch aus, ohne hierfür eine Begründung zu geben.⁽²⁾

In diesem Rechtsstreit gab das RAG der Lohnklage der ArbN trotz einer durch Stromausfall verursachten einstündigen Betriebsstörung statt. Zur Begründung führte das RAG aus, es gelte der Grundsatz, daß der ArbG verpflichtet sei, das "Betriebsrisiko" zu tragen, wenn dies nach den besonderen Umständen mit Rücksicht auf Treu und Glauben zumutbar sei.⁽³⁾ Die Zumutbarkeit begründete das RAG damit, daß es die finanziellen Verhältnisse des ArbG mit denen der ArbN verglich.

Indem das RAG von dem Grundsatz ausging, dass der ArbG regelmäßig zur Lohnzahlung verpflichtet ist und nur in Ausnahmefällen hiervon frei wird, kam es für den Regelfall zu den gleichen Ergebnissen, die bei der Anwendung des § 615 BGB entstehen, nämlich daß der Lohnanspruch der ArbN in allen Fällen der "Betriebsrisikolehre" bestehen bleibt. Unzutreffend ist jedoch der Ausgangspunkt des RAG für die Begründung der Ausnahmefälle von diesem Grundsatz, da das Gericht hierzu auf die finanziellen Verhältnisse des ArbG einerseits und der ArbN andererseits abstellt. Denn nach § 279 BGB hat jeder Schuldner für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen, und von dieser Leistungspflicht

(1) RAG in ARS 2, 68 ff, 69

(2) RAG, a.a.O., 70

(3) RAG, a.a.O., 69 f

gibt es, von den Extremfällen ganz außergewöhnlicher Geldentwertung abgesehen⁽¹⁾, auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben keine Ausnahme. Das Verhältnis zwischen der finanziellen Situation des ArbG und der ArbN kann deshalb niemals Grund für eine Befreiung des ArbG von der Lohnzahlungspflicht sein.

- a) In dem späteren Urteil vom 20.6.1928 nahm das RAG den Standpunkt des RG ein.⁽²⁾ Aus der Verbundenheit des ArbN mit seinem Betrieb wurde gefolgert, daß er in dem Maße, in dem er an der Leitung des Betriebes mitwirkt, auch eine Mitverantwortung für den Betrieb zu tragen habe.

Der Umfang dieser Mitverantwortung des ArbN begrenzte das RAG auf das Risiko, den Lohnanspruch zu verlieren. In welchen Fällen der ArbN seinen Lohnanspruch verlieren sollte, wurde von den Ursachen der Betriebsstörung her bestimmt. Danach sollten die Folgen eines Ereignisses, das zu einer Betriebsstörung führt, den Vertragspartner treffen, der dieses Ereignis zu vertreten hat. Zu vertreten sei aber nicht nur schuldhaftes Verhalten, sondern auch alles, was in den Bereich der von den Vertragspartnern zu tragenden Gefahren falle. Die Zuordnung eines Ereignisses in den Gefahrenkreis des ArbG oder der ArbN sei nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu entscheiden.⁽³⁾

In diesem Zusammenhang wurde der Ausdruck der "Sphäre" des ArbG und der ArbN als entscheidendes Kriterium eingeführt, und die späteren Entscheidungen des RAG zu "Betriebsrisikofällen" lassen sich alle auf die Grundfrage zurückführen, zu welcher "Sphäre" ein den Betrieb störendes Ereignis gehört.

Wie bereits zu der vom RG vertretenen Ansicht ausgeführt worden ist, liegen die Bedenken gegen diese Lösung des "Betriebsrisikoproblems" vor allen Dingen darin, daß ohne nähere Begründung die Regelungen des BGB als in allen Fällen unzureichend angesehen werden und als

(1) RGZ 107, 78 ff, insbes. 85 ff

(2) und (3) RAG in ARS 3, 116 ff, 120 ff

Beurteilungsmaßstab der begrifflich nicht bestimmte Ausdruck der "Sphäre" gebraucht wird.

Zwar werden für die nähere Ausgestaltung dieser sog. "Sphärentheorie" bereits in dem Urteil des RAG vom 20.6.1928⁽¹⁾ grundsätzliche Hinweise gegeben. In den nachfolgenden Urteilen des RAG zum "Betriebsrisikoproblem" werden diese Grundsätze auch stets herangezogen und es wird versucht, sie gegeneinander abzugrenzen. Die hierbei auftretenden Differenzen in der Beurteilung, ob ein Sachverhalt zu der "Sphäre" der ArbN oder des ArbG gehört, lassen aber schon erkennen, daß auf Grund dieser Lehre weder eine sichere noch eine begründete Entscheidung der "Betriebsrisikofälle" gefunden werden kann.

In den Urteilen des RAG zum "Betriebsrisikoproblem" lassen sich folgende Richtlinien für die Abgrenzung der Gefahrenkreise von ArbN und ArbG feststellen:

- aa) Bei allen Betriebsstörungen, deren Ursache in der Führung des Betriebes liegt, behält der ArbN seinen Lohnanspruch.

Das RAG rechnete zu dieser Gruppe nicht nur die Sachverhalte, in denen der Betriebsleitung der Vorwurf einer nachlässigen Betriebsführung zu machen war. Vielmehr gehörten auch die Betriebsstörungen, die bei Beachtung der üblichen Sorgfalt unvermeidbar waren, die aber in dem normalen Betriebsablauf vorzukommen pflegen, zur Risikosphäre des ArbG. Bei Betriebsstörungen, wie sie etwa in der Flußbaggerei durch Eisgang⁽²⁾, beim Baugewerbe durch Frost⁽³⁾, in jeder Fabrik durch Maschinenschäden⁽⁴⁾ oder Stromausfall⁽⁵⁾ verursacht werden, wurde danach der Lohnklage eines ArbN stattgegeben. Zur näheren Begründung wurde ausgeführt, daß der ArbG die Betriebsleitung habe⁽⁶⁾ und diese üblichen

(1) RAG in ARS 3, 116 ff, 122

(2) RAG in ARS 5, 110 ff

(3) RAG in ARS 10, 150 ff

(4) RAG in ARS 4, 149 ff

(5) RAG in ARS 7, 305 ff

(6) RAG in ARS 3, 129 ff, 130

Betriebsstörungen von vornherein in Rechnung stellen müsse, sich gegen die dadurch herbeigeführten Vermögensschäden auch durch Rücklagen decken könne.⁽¹⁾ Als weitere Erwägung führte das RAG an, daß dem ArbG, verglichen mit dem ArbN, die größeren Vorteile aus dem Betriebe zufließen und es deswegen gerechtfertigt sei, dem ArbG das Risiko auch solcher Ereignisse aufzubürden, die er nicht schuldhaft herbeigeführt habe.⁽²⁾

Das Ergebnis, zu dem das RAG für diese Fallgruppe kam, ist dasselbe, welches sich bei Anwendung des § 615 BGB ergibt.⁽³⁾ Soweit zur Begründung auf die Dispositionsfreiheit und das damit verbundene Dispositionsrisiko des ArbG abgestellt wird, gibt das RAG nichts anderes als die gesetzliche Annahmeverzugsregelung wieder. Die Gefahr dieser Rechtsprechung liegt deshalb vor allen Dingen darin, daß sie sich mit der Nichtanwendung des Gesetzes von der sicheren Entscheidungsgrundlage löst und willkürlichen, kasuistischen Erwägungen Raum gibt. Letzteres trifft besonders für das Argument zu, dass die finanziellen Verhältnisse von ArbG und ArbN zu berücksichtigen seien. Dies wird bei der Betrachtung des weiteren vom RAG aufgestellten Grundsatzes deutlich:

- ab) Bei allen Betriebsstörungen, die durch unvorhersehbare Ereignisse verursacht werden, verlieren die ArbN die Lohnansprüche, wenn die finanzielle Belastung der Lohnfortzahlung den Bestand des Betriebes gefährdet.

Nach diesem Grundsatz wies das RAG Lohnklagen gegen ArbG ab, bei denen durch die Weltwirtschaftskrise ein nicht nur vorübergehender Auftragsmangel⁽⁴⁾ oder eine völlige Unrentabilität der Produktion⁽⁵⁾ eingetreten war. Aber auch in anderen Fällen hatten Lohnklagen keinen Erfolg: So z.B. bei einer Betriebsstörung wegen Kohlenmangels, wobei dieser durch einen unvorhergesehenen

(1) RAG in ARS 5, 110 ff, 112

(2) vgl. RAG in ARS 2, 68 ff, 69 f; 3, 129 ff, 130

(3) vgl. zu Folgendem: Wolf, Merkblatt S. 13

(4) RAG in ARS 12, 256 ff; 13, 160 ff; 13, 168 ff; 14, 101 ff

(5) RAG in ARS 12, 487 ff

Streik im Bergbau verursacht worden war⁽¹⁾, oder in dem Fall der Betriebsstörung durch zeitweisen Ausfall der Stromversorgung, der durch einen ungewöhnlich niedrigen Wasserstand im Hafen bedingt war.⁽²⁾

Zur Begründung dieser Entscheidungen stützte sich das RAG auf die Verbundenheit der ArbN mit dem Betrieb, die dazu führen müsse, daß die ArbN solche Ereignisse in ihren Folgen mitzutragen hätten.⁽³⁾

Bei den Entscheidungen dieser Fallgruppe zeigt sich, daß die vom RAG aufgestellten Grundsätze untereinander widersprüchlich sind. Während nach dem ersten Leitsatz der ArbG das "Betriebsrisiko" unabhängig davon tragen soll, ob die störende Ursache vermeidbar war oder nicht, wird hier darauf abgestellt, ob das die Betriebsstörung verursachende Ereignis unvorhersehbar war.

Die Bestandsgefährdung des Betriebes, die vom RAG als weitere Voraussetzung für die Befreiung des ArbG von der Lohnzahlungspflicht verlangt wurde, kann den Verlust des Lohnanspruches ebenfalls nicht rechtfertigen. Zunächst ist zu bemerken, daß mit der Bestandsgefährdung ein begrifflich nicht faßbares Erfordernis eingeführt wird, das keine sichere Entscheidung ermöglicht.⁽⁴⁾ Da der wirtschaftliche Niedergang des Betriebes nach der Meinung des RAG allein kein hinreichender Grund für das Erlöschen des Lohnanspruches sein soll⁽⁵⁾, kann also die Bestandsgefährdung an sich nicht das entscheidende Kriterium dafür sein. Würde man den Leitsatz des RAG auf die Fälle allgemeiner Krisen beschränken, so wäre wiederum nicht einzusehen, daß in Krisenzeiten gerade die ArbN das Lohnrisiko tragen sollen. Es ist auch kein Grund dafür ersichtlich, daß bei allgemein wirkenden

(1) RAG in ARS 7, 467 ff, 473 f

(2) RAG in ARS 5, 38 ff

(3) Grundlegend RAG in ARS 3, 11 ff, 122

(4) König in RdA 48, 54, 56

(5) RAG in ARS 5, 38ff, 39 f

Krisen die ArbN finanzstarker Unternehmer den Anspruch auf ihren Lohn behalten, die ArbN finanzschwacher Unternehmer dagegen ihren Lohnanspruch verlieren sollen.⁽¹⁾

Die Zweifelhaftigkeit der "Betriebsrisikolehre" des RAG wird noch dadurch besonders deutlich, daß das RAG in zwei Urteilen die Bestandsgefährdung des Betriebes nicht zur Voraussetzung für die Abweisung der Lohnklage gemacht hat.⁽²⁾

ac) Schließlich wurde durch das RAG noch der Grundsatz aufgestellt, daß

bei allen Betriebsstörungen, die durch organisiertes, kollektives Handeln der ArbN des Betriebes verursacht werden, die arbeitswilligen ArbN ihren Lohnanspruch verlieren.

Zur Begründung dieser These wurde vom RAG ausgeführt, daß die ArbN wegen ihrer Verbundenheit untereinander dafür einzustehen haben, daß durch einen Teil der ArbN eine Betriebsstörung verursacht worden ist. Eine Verbundenheit der ArbN in diesem Sinne wurde allerdings nur für die Fälle angenommen, in denen ein organisiertes, kollektives Verhalten der ArbN die Betriebsstörung herbeiführte. Mußte also der Betrieb ruhen, weil durch die Handlung eines einzelnen ArbN eine betriebsnotwendige Einrichtung ausfiel, so behielten die ArbN ihren Lohnanspruch.⁽³⁾

Organisiertes, kollektives Handeln der ArbN führte aber auch nicht immer zur Einordnung der Betriebsstörung in die "Sphäre" der ArbN. Nach der Ansicht des RAG besteht nämlich nur im jeweiligen Betrieb eine solche Verbundenheit unter den ArbN, die es rechtfertigt, die Arbeitswilligen für das Verhalten der streikenden ArbN einzustehen zu lassen. In den Fällen, in denen der Betrieb wegen Kohlenmangels stillstand und der Kohlenmangel durch einen Streik betriebsfremder Bergarbeiter verursacht wurde, wurde deshalb den Lohnklagen der ArbN

(1) Hueck in Anmerkung zu RAG in ARS 12, 373, 375; Nikisch 2. Aufl., Bd. I, § 42 II 2 c (490 f)

(2) RAG in ARS 5, 38 ff; 7, 467 ff

(3) RAG in ARS 10, 523 ff; 15, 350 ff, 353 f

stattgegeben.⁽¹⁾ Eine nähere Begründung für die unterschiedliche Behandlung dieses Falles im Gegensatz zu den Fällen, bei denen ein Streik im eigenen Betrieb die Ursache der Betriebsstörung war, wurde nicht gegeben. Es verwundert deshalb nicht, daß im Widerspruch zu der dargestellten Abgrenzung in einer anderen Entscheidung das Bestehen des Lohnanspruches eines Angestellten verneint wurde, der deswegen nicht beschäftigt werden konnte, weil infolge Streiks in anderen Betrieben die Arbeiter des gesamten Gewerbezweiges ausgesperrt worden waren.⁽²⁾

Soweit die Lohnansprüche der ArbN bei den zuletzt behandelten "Betriebsrisikofällen" nach der Abgrenzung des RAG bestehen bleiben, entspricht das Ergebnis dem, was sich bei Anwendung des § 615 BGB ergibt. Es besteht insofern also kein Anlaß, von der gesetzlichen Regelung abzugehen. Das RAG kommt zu diesem Ergebnis allerdings erst, nachdem es diesen Sachverhalt als Ausnahme von dem unter ac) dargestellten Grundsatz, den es selbst aufgestellt hat, nachgewiesen hat.⁽³⁾ Dies zeigt deutlich die Unrichtigkeit der "Sphärentheorie", die durch die Aufstellung von Grundsätzen als Entscheidungskriterien die gesetzliche Regelung als Ausnahme erscheinen läßt.

Die Begrenzung des Lohnrisikos der ArbN auf Streiks im eigenen Betrieb ist schon deswegen problematisch, weil danach bei Streiks in Energieversorgungsunternehmen oder anderen Schlüsselindustriebetrieben eine weitreichende Wirkung erzielt werden kann, der das damit verbundene Risiko, daß nur verhältnismäßig wenige ArbN ihren Lohnanspruch verlieren, nicht entspricht. Der Ausschluß des "billigen Streiks", Ausgangspunkt der gesamten neueren Rechtsprechung zum "Betriebsrisiko", ist damit nicht erreicht worden.

(1) RAG in ARS 7, 467 ff, 473 f

(2) RAG in ARS 5, 32 f

(3) RAG in ARS 10, 523 ff

- b) Die spätere Rechtsprechung des RAG ist von dieser Einteilung der "Sphären" unter dem Einfluß der national-sozialistischen Arbeitsgesetzgebung abgegangen. Hier-nach stand dem ArbG als Führer des Betriebes die alleinige Entscheidungsbefugnis zu; korrespondierend mit diesem Recht wurde der ArbG mit einer weitreichenden Fürsorgepflicht für seine Gefolgschaftsmitglieder belastet. Aus der Entscheidungsbefugnis wurde die ausschließliche Verantwortung des ArbG für den Fortgang des Betriebes abgeleitet. Auf Grund dieser Verantwortung und der Fürsorgepflicht mußte der ArbG bei Betriebsstörungen grundsätzlich den Lohn an die ArbN weiterzahlen.⁽¹⁾ Lediglich unter besonderen Umständen, wie sie durch den Kriegsausbruch entstanden waren, wurde der Gedanke der Betriebsverbundenheit und der Treuegedanke zur Begründung einer Beschränkung bzw. eines Verzichts auf den Lohn angeführt.⁽²⁾

Bei der Beurteilung dieser späteren Rechtsprechung des RAG ist jedoch zu berücksichtigen, daß den ArbN in dieser Zeit die Möglichkeit genommen war, durch Streik ihre Interessen durchzusetzen. Die durch organisiertes, kollektives Handeln der ArbN verursachten "Betriebsrisikofälle" konnten deshalb nicht entstehen. Sieht man von diesen Sachverhalten ab, so wurde mit dem Grundsatz, daß der ArbG regelmäßig das Lohnrisiko zu tragen hat, im Grunde nichts anderes gesagt, als in den früheren Richtlinien ausgedrückt worden war. Die Übertragung des Führerprinzips auf den Betrieb führte also zu keinem anderen Ergebnis, sondern nur zu einer Änderung in der Begründung.

6. In der Zeit nach 1945 wurde das Problem der Verteilung des "Betriebsrisikos" besonders aktuell, da durch die Stilllegung von Rüstungsbetrieben, durch Beschlagnahmen von Betrieben durch die Besatzungsmächte und durch die allgemein eingetretenen Energieversorgungsschwierigkeiten die ArbN häufig ihre Arbeit nicht erbringen konnten.

(1) RAG in ARS 41, 43 ff, 48 ff; 46, 381 ff, 386

(2) RAG in ARS 39, 407 ff; 41, 43 ff, 50; 46, 381 ff, 386

Da zunächst ein oberes Bundesgericht fehlte, waren die Stellungnahmen der Landesarbeitsgerichte (LAGe) in den "Betriebsrisikoentscheidungen" unterschiedlich. Einerseits wurde der Grundsatz des RAG, wonach bei Bestandsgefährdung die ArbN einen Teil des "Betriebsrisikos" zu tragen haben, weiterhin angewendet.⁽¹⁾ Andererseits wurde die vom RAG entwickelte Lehre, daß die Betriebsgemeinschaft zu einer Verteilung des "Betriebsrisikos" auf ArbG und ArbN führen müsse, als unrichtig abgelehnt; die Entscheidungsgrundlage wurde vielmehr in § 615 BGB gesehen.⁽²⁾ In der weiteren Entwicklung zeichnete sich in den Entscheidungen der LAGe eine allgemeine Abwendung von der "Betriebsrisikolehre" des RAG ab. War eine Betriebsstörung aufgetreten, so wurde nicht mehr gefragt, in welche "Sphäre" dieses Ereignis fiel, sondern als Ausgangspunkt diente der Grundsatz, daß regelmäßig der ArbG den Lohn trotz der nicht geleisteten Arbeit zu zahlen habe. Der Grund hierfür lag darin, daß man nicht mehr die Betriebsgemeinschaft als das tragende Entscheidungskriterium ansah, sondern die Lohnfortzahlungspflicht als einen Teil des Risikos betrachtete, welches der ArbG als Unternehmer zu tragen habe. Diese These "Betriebsrisiko = Teil des Unternehmerrisikos" wurde mit zwei Argumenten begründet:

- a) Während der ArbN sein Arbeitsverhältnis nur eingeht, um seine wirtschaftliche Existenz aufrechtzuerhalten, schließt der ArbG die Arbeitsverträge ab, um Gewinne daraus zu ziehen. Hat der ArbG den Gewinn, so muß er auch einen Verlust tragen.⁽³⁾
- b) Für den Arbeitsvertrag gilt der Grundsatz "pacta sunt servanda"; da jeder für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen

(1) vgl. LAG Hamburg in ARBlattei, Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, Entsch. 4; LAG Frankfurt, daselbst, Entsch. 5; weiter die in AST I unter "Betriebsrisiko" aufgeführten Entscheidungen

(2) LAG Groß-Berlin in AST II, Nr. 736

(3) LAG Frankfurt in RdA 48, 146, 147; LAG Stuttgart in RdA 49, 465

hat, muß auch der ArbG grundsätzlich den Lohn zahlen.⁽¹⁾

Für die Fälle, in denen eine Betriebsstörung durch Arbeitskampfmaßnahmen verursacht wurde, wurde eine Ausnahme von der Lohnfortzahlungspflicht des ArbG gemacht. In der Begründung wurde aber von der Argumentation des RAG abgewichen. Dabei wurde darauf hingewiesen, daß entgegen der Meinung des RAG gerade beim Streik nicht von einer Gemeinschaft zwischen ArbG und ArbN gesprochen werden kann, aus der eine Verteilung des "Betriebsrisikos" auf beide Seiten abzuleiten ist.⁽²⁾ Der Verlust des Lohnanspruches wurde in diesen Fällen damit begründet, daß der Streik ein Tatbestand des Kollektivrechts ist und die ArbN es sich zurechnen lassen müssen, wenn von einem Teil der ArbN-schaft von diesem Kampfmittel Gebrauch gemacht wird.⁽³⁾

Obwohl die Rechtsprechung mit diesen Grundsätzen zu denselben Rechtsfolgen gelangte, wie sie sich bei Anwendung der Regelung des § 615 BGB unter Berücksichtigung der neuen kollektivrechtlichen Tatbestände ergeben, sah sie - von der Entscheidung des LAG Groß-Berlin⁽⁴⁾ abgesehen - ohne nähere Begründung davon ab, die gesetzliche Regelung in ihren Entscheidungen anzuwenden.

7. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes (BAG) knüpfte an diese Entwicklung an. Die Lösung des "Betriebsrisikoproblems" aus den Vorschriften der §§ 323, 615 BGB wurde ausdrücklich abgelehnt, da diese Bestimmungen nicht das besondere "Wesen" des Arbeitsverhältnisses erfaßten.⁽⁵⁾ Das BAG folgerte daraus, es bestehe

(1) LAG Hamburg in Ast I, Nr. 89; LAG München in Ast VIII, Nr. 467; LAG Stuttgart in RdA 49, 465

(2) LAG Kiel in BB 57, 677

(3) LAG Frankfurt in AP 52, Nr. 102 (483); LAG Kiel in BB 57, 677

(4) LAG Groß-Berlin in Ast II, Nr. 736

(5) BAG in AP Nr. 1 zu § 615 BGB, Betriebsrisiko. Wenn sich das BAG hierbei auf die Entscheidung des BVerfG in Bd.3, 162 ff, 176 f beruft, so ist dies deshalb nicht von Bedeutung, weil das BVerfG in diesem Urteil ohne nähere Erörterung auf die vom RG und RAG entwickelte "Sphärentheorie" Bezug nimmt.

insoweit eine Lücke im Gesetz und das "Betriebsrisiko" sei deshalb nach den allgemeinen Grundgedanken des Arbeitsrechts und den Prinzipien der geltenden Wirtschaftsverfassung zu beurteilen.⁽¹⁾ Mit dem Hinweis darauf, daß der ArbG in der heutigen Wirtschaftsverfassung sowohl den Betrieb organisiere und leite als auch die Gewinne aus dem Produktionprozeß ziehe, wurde der Grundsatz aufgestellt, daß bei "Betriebsrisikofällen" der ArbG regelmäßig zur Lohnfortzahlung verpflichtet sei.⁽²⁾

Für die Sachverhalte, in denen durch Arbeitsk Kampfmaßnahmen der ArbN Störungen in nicht bestreikten Betrieben oder Betriebsabteilungen verursacht werden, wurde eine Ausnahme gemacht und das "Betriebsrisiko" insoweit den ArbN aufgebürdet. Die Begründung fand das BAG in der Solidarität der ArbN, die sich nicht nur auf den bestreikten Betrieb selbst, sondern auch auf die ArbN in anderen Betrieben, die infolge Streiks stillgelegt werden müssen, erstrecke. Zur Unterstützung dieser Meinung wurde auf den überbetrieblichen Zusammenschluß der ArbN in den Gewerkschaften hingewiesen. Nur durch diese weite Bestimmung der Solidarität sah das BAG auch die "Kampfparität" der Arbeitsk Kampfparteien gewahrt und die Möglichkeiten eines "billigen Streiks" ausgeschlossen.⁽³⁾

Von dieser Begründung wich das BAG in seinen späteren Entscheidungen jedoch ab.⁽⁴⁾ Der Verlust des Lohnanspruches wurde wieder damit begründet, daß die Betriebsstörung ihren Ursprung in der "Sphäre" der ArbN habe. Da es nur noch auf diese Feststellung ankam, war es für die Entscheidung unerheblich, ob es sich bei dem Verhalten der ArbN um rechtmäßige oder um rechtswidrige Kampfmaßnahmen handelte.

Mit dem Hinweis auf diesen Grundsatz, daß es auf den Ursprung der Betriebsstörung ankomme, verloren auch die

(1) BAG 3, 346 ff, 348

(2) BAG a.a.O., 348

(3) BAG a.a.O., 349

(4) BAG in AP Nr.3 zu § 615 BGB, Betriebsrisiko; ausdrücklich bestätigt in AP Nr. 4 und 15 a.a.O.

Angestellten, die infolge eines Streiks der Arbeiter nicht beschäftigt werden konnten, ihre Gehaltsansprüche.⁽¹⁾

Im Ergebnis führt also die Meinung des BAG dazu, daß die ArbN ihre Lohnansprüche verlieren, wenn die Betriebsstörung durch einen Streik im eigenen Betrieb oder in einem anderen Betrieb verursacht wird, der die für die Fortführung des eigenen Betriebes notwendigen Voraussetzungen schafft (Energieversorgungsunternehmen, Zuliefererbetrieb).

Bei einem Vergleich zwischen der Rechtsprechung des BAG und der des RAG ergibt sich, daß zwar beide ihre Entscheidungen daraus ableiten, in wessen "Sphäre" die Ursache für eine Betriebsstörung liegt, die Sachverhalte, bei denen die Betriebsstörung durch einen Streik im Zuliefererbetrieb herbeigeführt wurde, jedoch verschieden beurteilen. Das macht die Fragwürdigkeit des inhaltlich nicht bestimmten Entscheidungskriteriums der "Sphäre" besonders deutlich.

Wie die "Sphäre" der ArbN abgegrenzt werden soll, ob also auch solche Betriebsstörungen den ArbN zugerechnet werden sollen, die durch eine Handlung eines einzelnen ArbN oder durch nicht kollektives Verhalten mehrerer ArbN verursacht wurden, ist aus den Entscheidungen des BAG nicht zu entnehmen.

Bezüglich der Sachverhalte, bei denen das RAG unter Verwendung des Begriffes der Bestandsgefährdung das "Betriebsrisiko" den ArbN aufgebürdet hatte, fehlt es an einer Stellungnahme des BAG. Es läßt die Richtigkeit dieser Ansicht vielmehr ausdrücklich dahingestellt.⁽²⁾

Insgesamt ist ebenso wie gegen die Meinung des RAG gegenüber der vom BAG vertretenen Auffassung einzuwenden, daß sie ohne Notwendigkeit die gesetzliche Regelung für unzureichend erklärt und die Lösung des

(1) BAG in AP Nr.4 zu § 615 BGB, Betriebsrisiko

(2) BAG 3, 346 ff, 348

"Betriebsrisikoproblems" aus außergesetzlichen, rechtlich zum teil irrelevanten Tatbeständen ableitet.⁽¹⁾ Lediglich die Argumentation, mit der das BAG beim Streik an das Kollektivrecht und die Solidarität der ArbN anknüpft⁽²⁾, zeigt einen zutreffenden Ansatzpunkt für die Lösung der "Betriebsrisikofrage" in diesen Sachverhalten. Sie kann aber nicht mehr als entscheidende Begründung für die "Betriebsrisikolehre" des BAG angesehen werden, nachdem das BAG in seinen späteren Entscheidungen das maßgebende Kriterium in der Verursachung der Betriebsstörung durch Umstände aus der "Sphäre" der ArbN gesehen hat, obwohl den Urteilen Sachverhalte des kollektiven Arbeitsrechts zugrunde lagen, die Anlaß geboten hätten, den zunächst beschrittenen Weg weiterzuverfolgen.

(1) vgl. hierzu: Wolf, Merkblatt, S. 15 f

(2) BAG 3, 346 ff, 348

III. Die Lösung des "Betriebsrisikoproblems" nach den Regelungen des BGB

1. Bei der Lösung des "Betriebsrisikoproblems" ⁽¹⁾ ist zunächst zu untersuchen, ob die unter diesem Ausdruck zusammengefaßten Sachverhalte gesetzlich geregelt sind. Da es sich bei der Lohnzahlungspflicht des ArbG um eine Rechtsfolge aus einem Schuldverhältnis handelt, sind die Regelungen des BGB anwendbar. Die Gesetze, in denen die Arbeitsverhältnisse besonderer Gruppen von ArbN geregelt werden, wie z.B. GewO, HGB, BergG, enthalten keine Regelungen des "Betriebsrisikos". Für diese Arbeitsverhältnisse gelten insoweit also auch die Regelungen des BGB.

Inhalt jedes Arbeitsverhältnisses ist, daß der ArbN Dienste zu leisten und der ArbG dafür eine Vergütung zu zahlen hat. Damit sind die Tatbestandsvoraussetzungen für das in § 611 BGB geregelte Dienstverhältnis gegeben. Ausgangspunkt sind daher die gesetzlichen Regelungen des Dienstverhältnisses in §§ 611 ff BGB. Mit der Einordnung des Arbeitsverhältnisses in die Dienstverhältnisse ist gleichzeitig die Charakterisierung des Arbeitsverhältnisses als gegenseitiges Schuldverhältnis verbunden. ⁽²⁾ Danach sind also auch die Regelungen des Allgemeinen Teils des Schuldrechts, insbesondere die §§ 323 ff BGB für das Arbeitsverhältnis und damit auch für die Lösung des "Betriebsrisikoproblems" maßgebend.

Hiergegen wird eingewendet, daß das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis sei, das wegen seines personenrechtlichen Inhalts nicht mit Austauschverhältnissen von Sachen verglichen werden könne; da die Regelungen über gegenseitige Schuldverhältnisse auf solche Austauschverhältnisse von Sachen ausgerichtet seien, könnten die §§ 320 ff BGB auf das

(1) Die folgenden Ausführungen basieren auf der Darstellung von E. Wolf in seinen Vorlesungen

(2) Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 22 III, IV (131 ff); Schnorr v.Carolsfeld, § 6 A I 2 (162 ff)

Arbeitsverhältnis nicht angewendet werden.⁽¹⁾

Dieser Einwand ist nicht begründet. Gegenseitige Schuldverhältnisse nach §§ 320 ff BGB sind nicht nur solche Schuldverhältnisse, die einen Austausch von Sachen oder Sachleistungen zum Inhalt haben. Ebenso wie bei einem Warenaustauschverhältnis der Schuldner zur persönlichen Erbringung einer Leistung verpflichtet sein kann, ohne daß dadurch die Einordnung dieses Rechtsverhältnisses als gegenseitiges Schuldverhältnis in Zweifel gezogen wird, ist die Verpflichtung des ArbN, persönliche Dienste zu leisten (§ 613 BGB), kein Grund dafür, das Arbeitsverhältnis nicht zu den gegenseitigen Schuldverhältnissen zu rechnen.

Da der ArbN seine Arbeit meist in Räumlichkeiten des ArbG zu verrichten hat, bestehen im Arbeitsverhältnis Nebenpflichten sowohl des ArbG als auch des ArbN, die unter den Begriffen der "Fürsorgepflicht" des ArbG und der "Treupflicht" des ArbN zusammengefaßt werden. Aber auch bei den Warenaustauschverhältnissen bestehen für die Vertragspartner Nebenpflichten verschiedensten Inhalts. Das Bestehen von Nebenpflichten ist also ebenfalls nicht geeignet, das Arbeitsverhältnis von den Regelungen der synallagmatischen Schuldverhältnisse auszuschließen.

Überprüft man ferner, welche Rechtsfolgen aus dem "personenrechtlichen Element" des Arbeitsverhältnisses abgeleitet werden, so ergibt sich, daß es sich stets um vermögensrechtliche Ansprüche handelt.⁽²⁾ Es besteht beim Arbeitsverhältnis also auch hinsichtlich der Art der Ansprüche, die aus seinen Nebenpflichten entstehen, kein Unterschied zu anderen gegenseitigen Schuldverhältnissen.

Schließlich wird durch den Arbeitsvertrag auch keine Gemeinschaft zwischen ArbG und ArbN begründet. Dem

(1) Dietz in Hueck-Nipperdey-Dietz, Kommentar zum AOG § 2 Anm. 16; LAG Stuttgart in AP Nr. 2 zu § 611 BGB, Haftung des ArbN

(2) Maus, S. 136

Arbeitsverhältnis fehlen die Begriffsmerkmale einer rechtlichen Gemeinschaft. Es ist also kein Gemeinschaftsverhältnis. Der ArbN kann zwar auf Grund des Arbeitsvertrages dem betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsverband angehören. Aber auch dieser begründet keine Gemeinschaft zwischen ArbG und ArbN, da der ArbG nicht Mitglied dieses Betriebsverbandes ist.

Danach ist kein Grund gegeben, auf das Arbeitsverhältnis die Regelungen über gegenseitige Schuldverhältnisse nicht anzuwenden.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht, soweit durch neue gesetzliche Regelungen, insbesondere solchen des kollektiven Arbeitsrechts, Tatbestände anders geregelt werden, als sie in den Regelungen des BGB geregelt sind.⁽¹⁾ Solange die bürgerlich-rechtlichen Regelungen synallagmatischer Schuldverhältnisse durch andere Regelungen nicht aufgehoben sind, müssen sie angewendet werden. Fraglich kann lediglich sein, ob diese Regelungen durch die neuen Regelungen inhaltlich verändert wurden.

Schließlich kann gegen die Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Regelungen synallagmatischer Schuldverhältnisse auf die Arbeitsverhältnisse nicht eingewendet werden, daß nach ihnen der Lohnanspruch bei Leistungsstörungen nur in voller Höhe oder überhaupt nicht besteht, während Billigkeit und "soziales Empfinden" bei Arbeitsverhältnissen u.U. einen teilweisen Fortbestand des Lohnanspruches oder einen billigen Ausgleich fordern.⁽²⁾

Wollte man das Problem der "Betriebsrisikofälle" nach "Billigkeit" und "sozialem Empfinden" lösen, so hieße das, eine juristisch nicht begründbare, willkürliche Reduzierung des Lohnanspruches des ArbN vorzunehmen oder seinen teilweisen Fortbestand anzuordnen. Mag auch

(1) a.A. RAG in ARS 37, 230, 236 ff; 40, 351, 354; 43, 167, 168 f; Denecke in RGR-Komm., Vorbem. zu § 611 Anm. 15

(2) Denecke a.a.O.

die Konsequenz der gesetzlichen Regelung, daß der Lohnanspruch nur entweder bestehen kann oder nicht, in manchen Fällen als "soziale Härte" aufgefaßt werden, so kann damit doch nicht begründet werden, die gesetzliche Regelung zu mißachten. Dies umsoweniger, als in den Regelungen des BGB bereits Ausnahmen von den Regelungen der gegenseitigen Schuldverhältnisse enthalten sind, die den Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses Rechnung tragen. So hat der ArbN nach § 616 BGB im Krankheitsfall für eine bestimmte Zeit einen Anspruch auf Lohn, der nach den allgemeinen Regelungen der §§ 320 ff BGB nicht bestünde. Wie z.B. der Erlass des Gesetzes zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle vom 26.6.1957 zeigt, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, weitergehende "sozialpolitische Vorstellungen", die in den Regelungen des BGB nicht berücksichtigt wurden, durch neue Gesetze zu erreichen. Es ist jedoch ungesetzlich, unter Hinweis auf "soziales Empfinden" und "Billigkeit" die Gültigkeit bestehender Regelungen zu bestreiten.

2. Wie bereits ausgeführt wurde⁽¹⁾, kommen für die "Betriebsrisikofälle" bei Anwendung der Regelungen des BGB zwei Tatbestände in Betracht:

Beiderseits unverschuldete Unmöglichkeit der Arbeitsleistung verbunden mit dem Verlust des Anspruches auf den Lohn, § 323 BGB

oder

Annahmeverzug des ArbG mit der Folge der Lohnzahlungspflicht ohne Nachleistungspflicht des ArbN, § 615 BGB.

Beiden Tatbeständen ist gemeinsam, daß die Arbeit, zu der sich der ArbN verpflichtet hat, unterbleibt. Dieser Umstand ist auch Merkmal aller "Betriebsrisikofälle". Soll also eine Lösung des "Betriebsrisikoproblems" auf Grund der Regelungen des BGB gefunden werden, bedarf es der Klärung, ob in den fraglichen Sachverhalten die

(1) s.o.Seite 9

Arbeitsleistung unmöglich ist oder ob der ArbG durch das Angebot der Arbeitsleistung in Annahmeverzug gerät.

3. Die Untersuchung der Frage, ob die ArbN-Leistung in "Betriebsrisikofällen" unmöglich ist, muß damit beginnen, den Inhalt der Leistung des ArbN zu bestimmen.

a) Nach § 611 BGB ist der ArbN zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet. Wie sich aus der Gegenüberstellung der Begriffsbestimmungen von Dienstvertrag in § 611 BGB und Werkvertrag in § 631 BGB ergibt, ist Inhalt der Leistung von Dienst- und Arbeitsverhältnissen nicht die Herstellung eines Werkes, also nicht die Bewirkung eines Erfolges. Wenn auch der ArbG mit dem Abschluß eines Arbeitsvertrages bezweckt, durch die ihm zu erbringenden Dienste einen Erfolg herbeizuführen, so ist dieser erstrebte Erfolg doch nicht Inhalt der vertraglich vereinbarten Leistung des ArbN, sondern nur das der Willenserklärung des ArbG zu Grunde liegende Motiv. Der ArbN schuldet lediglich eine Tätigkeit.

Andererseits besteht der Inhalt der Leistung des ArbN nach dem Arbeitsvertrag auch nicht darin, daß er nur verpflichtet ist, in den Dienst des ArbG zu treten, sogen. Eingliederungstheorie.⁽¹⁾ Diese Meinung findet keine Stütze im Gesetz. Nach § 611 BGB ist der ArbN zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet, nicht nur dazu, in den Dienst des ArbG zu treten und seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen.⁽²⁾ In Lehre und Rechtsprechung wird dementsprechend über-

(1) vgl. Nikisch Bd. I § 19 I 2 (159 ff). Folgt man der Auffassung, daß der ArbN nur verpflichtet ist, in den Dienst des ArbG zu treten und diesem seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, so sind die Sachverhalte des "Betriebsrisikos" weder ein Fall der Unmöglichkeit der ArbN-Leistung noch ein Fall des Annahmeverzuges des ArbG; denn mit dem Eintritt des ArbN in den Dienst des ArbG und dem Zur-Verfügung-Stellen seiner Arbeitskraft erhält der ArbG die Leistung, auf die er Anspruch hat und für die er Lohn zu zahlen verpflichtet ist. So folgerichtig Nikisch, Bd. I § 42 I 2, 3 (599 ff)

(2) a.A. Nikisch Bd. I § 19 I 2 (159 f)

wiegend die Arbeitsleistung als die nach dem Arbeitsvertrag geschuldete Leistung angesehen.⁽¹⁾

Der Bestimmung des Inhalts der ArbN-Leistung steht nicht entgegen, daß in der Regel im Arbeitsvertrag die zu erbringenden Arbeitsleistungen nur der Gattung nach bestimmt worden sind. Dieser Sachverhalt ist den Regelungen des BGB nicht fremd und läßt sich als Gattungsschuld entsprechend § 243 BGB charakterisieren. Mit der Konkretisierung, die der ArbG im Arbeitsverhältnis durch Ausübung seines Direktionsrechtes vornimmt, wird die Leistung des ArbN auf eine sachlich, räumlich und zeitlich bestimmte Arbeit festgelegt. Zu dieser bestimmten Arbeit ist der ArbN nunmehr verpflichtet und nur durch die Ausführung dieser Arbeit erfüllt er seine Verpflichtung.

Die Leistung, zu der sich der ArbN im Arbeitsvertrag verpflichtet, kann also definiert werden als Ausführung gattungsmäßig bestimmter Dienste.⁽²⁾

- b) Auf Grund dieser Erkenntnis ist die Frage, ob dem ArbN in den "Betriebsrisikosachverhalten" die Leistung möglich ist, zu beantworten. Betrachtet man die Sachverhalte der verschiedenen "Betriebsrisikofälle", so ist festzustellen, daß der ArbN bei allen Sachverhalten in der Lage ist, die von ihm geschuldete Arbeit zu erbringen. Daß die Arbeit nicht ausgeführt wird, liegt lediglich an der fehlenden Mitwirkung des ArbG, die darin besteht, durch Ausübung des Direktionsrechtes die zu leistende Arbeit zu bestimmen, die für die Ausführung dieser Arbeit notwendigen Sachmittel bereitzustellen oder, wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, die vom ArbN angebotene Leistung entgegenzunehmen. Unterläßt der ArbG diese Mitwirkung, d.h. nimmt er die Arbeitsleistung des ArbN nicht an (§ 293 BGB), so unterbleibt

(1) BAG in AP Nr.2 zu § 611 BGB, Lohnanspruch; BAG in AP Nr.2 zu § 615 BGB, Betriebsrisiko

(2) so Ernst Wolf in seinen Vorlesungen

zwar die Ausführung der Arbeit und deren Erfolg tritt nicht ein. Da der Eintritt dieses Erfolges aber nicht zum Inhalt der vom ArbN geschuldeten Leistung gehört, wird diese Leistung nicht dadurch unmöglich, daß die Erfüllung des Anspruchs auf die ArbN-Leistung durch die fehlende Mitwirkung des ArbG verhindert wird.⁽¹⁾ Stellt man also bei der Frage nach der Unmöglichkeit der Leistung auf den Leistungserfolg⁽²⁾ ab, so wird unzulässigerweise die Möglichkeit der Leistung mit der Möglichkeit der Herbeiführung des Erfolges durch Bewirken der Leistung gleichgesetzt. Die Unmöglichkeit der Herbeiführung des Erfolges kann zwar Folge einer Unmöglichkeit der Leistung sein. Sie kann jedoch auch andere Ursachen haben und läßt nicht umgekehrt die Schlußfolgerung auf die Unmöglichkeit der Leistung zu.

Aus diesen Ausführungen folgt, daß bei der Beurteilung der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung von den Mitwirkungshandlungen des ArbG als Gläubiger der Arbeitsleistung und von der Annahme der Arbeitsleistung durch ihn abzusehen ist.

Bei den bisherigen Erörterungen wurde allerdings nicht berücksichtigt, daß es sich beim Arbeitsverhältnis um ein Dauerschuldverhältnis handelt, bei dem die durch eine Betriebsstörung unterbleibenden Arbeitsleistungen nicht unbeschränkt nachholbar sind. Dies ist jedoch für die Frage nach der Möglichkeit der ArbN-Leistung als Voraussetzung für den Annahmeverzug des ArbG bei Betriebsstörungen unerheblich.⁽³⁾

(1) Titze in JW 1922, 548, 549; Enneccerus-Lehmann, § 57 II 1 b (242 f); Larenz, Bd. I § 24 I c (292 f); Soergel-Siebert-Schmidt, § 297 Anm. 2; BGHZ 24, 96

(2) so Staudinger-Werner, § 293 Anm. 3

(3) a.A. Palandt, § 275 Anm. 4; Oertmann in AcP 116, 11: nach dieser Ansicht soll die Nichtannahme von zeitlich individualisierten Leistungen zu deren Unmöglichkeit führen und somit den Annahmeverzug ausschließen. Das BAG spricht in NJW 61, 381, 382 ebenfalls davon, daß dem ArbN genau gesehen durch Zeitablauf die Leistung "unmöglich" werde. Eine Begründung wird hierfür allerdings nicht gegeben. Anschließend wird im Gegensatz dazu zutreffend festgestellt, die Unmöglichkeit der ArbN-Leistung könne nur dadurch erkannt werden, daß man von der Annahme der Leistung durch den ArbG absehe.

Ob die Arbeitsleistung möglich ist, steht in dem Zeitpunkt fest, in welchem die Betriebsstörung eintritt; denn es ist, wie bereits oben ausgeführt wurde, bei der Frage nach der Möglichkeit der Arbeitsleistung gerade von der fehlenden Mitwirkung des ArbG abzusehen. Wird also eine dem ArbN mögliche Arbeitsleistung infolge einer Betriebsstörung nicht angenommen, so gerät der ArbG damit in Annahmeverzug. Gemäß § 615 BGB wird der ArbN von der Nachleistung der infolge des Annahmeverzuges nicht geleisteten Arbeit frei. Hat aber der ArbG keinen Anspruch auf die Arbeitsleistung, so stellt sich die Frage nach der Möglichkeit der Leistung überhaupt nicht, da diese nur in Bezug auf eine geschuldete Leistung erheblich sein kann.

Es kann deshalb unerörtert bleiben, ob die Leistungszeit für die vom ArbN zu erbringende Arbeitsleistung so bestimmend ist, daß die Leistung außerhalb dieser Zeit - abgesehen von dem Fall des Annahmeverzuges - unmöglich ist und ein aliud wäre.

Auch das Problem, inwieweit bei einem Ausbleiben der Arbeitsleistung für längere Zeit die Regelungen über Mehr- und Feiertagsarbeit eine Nachholung der unterbliebenen Arbeitsleistung teilweise ausschließen, ist in vorliegendem Zusammenhang nicht erheblich. Eine Beschränkung der Nachholbarkeit der Arbeitsleistung beeinträchtigt nur die nachträgliche Erfüllung des ArbG-anspruches auf die ArbN-leistung. Die Frage, ob die während der Betriebsstörung unterbliebene Arbeitsleistung nachgeholt werden kann, ist aber kein Problem der Unmöglichkeit der Leistung, sondern ein Problem der Unmöglichkeit der Nachholung. Im übrigen ist die Frage der Nachholbarkeit der Arbeitsleistung bei den Sachverhalten des § 615 BGB unerheblich, weil die ArbN mit dem Eintritt des Annahmeverzuges von der Nachleistung der Arbeit frei werden und eine nicht mehr geschuldete Arbeitsleistung nicht nachholbar ist.

Kann also - durch eine Betriebsstörung bedingt - die Arbeitsleistung nicht erbracht werden, so wird damit die ArbN-Leistung nicht unmöglich.

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß in den Sachverhalten des "Betriebsrisikos" die ArbN-Leistung nicht unmöglich ist und die Regelung in § 323 BGB deshalb nicht angewendet werden kann.

4. Es ist nunmehr zu untersuchen, ob in den Fällen des "Betriebsrisikos" der ArbG in Annahmeverzug gerät, so daß sich die Frage nach der Lohnfortzahlung nach § 615 BGB beantwortet.
- a) Der ArbG kommt in Annahmeverzug, wenn er die ihm vom ArbN angebotene Arbeitsleistung nicht annimmt, § 293 BGB. Da eine unmögliche Leistung nicht angeboten werden kann, setzt der Annahmeverzug voraus, daß dem ArbN die Leistung möglich ist. Dies wird in § 297 BGB ausdrücklich festgelegt, wonach Annahmeverzug nur eintritt, wenn der Schuldner in der Lage ist, die geschuldete Leistung zu erbringen.

Wie die Erörterungen gezeigt haben, ist in den Fällen des "Betriebsrisikos" die ArbN-Leistung möglich. Die Voraussetzungen des ArbG-annahmeverzuges sind also insoweit gegeben.

- b) Weitere Voraussetzung für den Annahmeverzug des ArbG ist, daß der ArbN seine Leistung anbietet, § 293 BGB. Da in den Sachverhalten des "Betriebsrisikos" entweder die Bereitstellung der sachlichen Arbeitsmittel unterbleibt oder der ArbG erklärt, die ArbN-Leistung nicht anzunehmen, sind die in § 295 BGB genannten Voraussetzungen dafür gegeben, daß ein wörtliches Angebot der Arbeitsleistung durch den ArbN ausreicht. Für die weitere Untersuchung wird unterstellt, daß die ArbN ihre Leistung wörtlich anbieten.

Da in den "Betriebsrisikosachverhalten" die ArbN-leistung möglich ist und sie dem ArbG wirksam angeboten wird, der ArbG die angebotene Leistung aber nicht annimmt, ist der Tatbestand des Gläubigerverzuges gegeben, § 293 BGB.

- c) Die Gründe, derentwegen der ArbG die ArbN-leistung nicht annimmt, sind nach § 293 BGB ohne Bedeutung. Das ergibt sich zunächst daraus, daß im Gesetz keine weiteren Voraussetzungen für den Annahmeverzug aufgestellt werden. Es ergibt sich ferner als Umkehrschluß aus § 299 BGB: Danach kommt der Gläubiger einer Leistung, für die eine Zeit nicht bestimmt ist, nicht dadurch in Verzug, daß er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist. Daraus folgt, daß sich der Gläubiger in den Fällen, in denen die Leistungszeit festgelegt ist, nicht darauf berufen kann, vorübergehend an der Annahme verhindert zu sein. Annahmeverzug tritt also in diesen Fällen ohne Rücksicht darauf ein, ob der Gläubiger in der Lage ist, die Leistung anzunehmen. Wird beim Annahmeverzug nicht berücksichtigt, ob die Annahme möglich ist, so hat erst recht außer Betracht zu bleiben, aus welchen anderen Gründen der Gläubiger die angebotene Leistung nicht annimmt.

Da beim Arbeitsverhältnis die Leistungszeit bestimmt ist, der Ausnahmetatbestand des § 299 BGB also nicht angewendet werden kann, kommt der ArbG in Verzug, wenn der ArbN ihm die Leistung anbietet, ohne daß es darauf ankommt, aus welchen Gründen der ArbG die angebotene Leistung nicht annimmt. Die bei den verschiedenen Sachverhalten der "Betriebsrisikolehre" bestehenden Unterschiede in der Ursache der Betriebsstörung und der dadurch bedingten Nichtannahme der ArbN-leistung sind also für den Eintritt des Annahmeverzuges nach §§ 293 ff BGB nicht erheblich.

5. Als Ergebnis der bisherigen Untersuchung ist festzustellen, daß der ArbG in den "Betriebsrisikosachverhalten" in Annahmeverzug kommt. Dementsprechend ist auch die Regelung des § 615 BGB anzuwenden.⁽¹⁾ Danach werden die

(1) ebenso König in RdA 48, 54 ff, 57

ArbN von der Pflicht zur Leistung der infolge des Annahmeverzuges nicht durchgeführten Arbeiten befreit, ohne ihre Lohnansprüche zu verlieren.

Gegen dieses Ergebnis wird vorgetragen, daß es für die Sachverhalte "unbillig" sei, in denen der ArbG auch bei Anwendung "höchster, überpflichtmäßiger" Sorgfalt die der Durchführung der Arbeit entgegenstehenden Hindernisse nicht hätte vermeiden können.⁽¹⁾ Um die mit dem Tatbestand des Annahmeverzuges verbundene Rechtsfolge nicht eintreten zu lassen, soll deshalb der Annahmeverzug auf die Fälle begrenzt werden, in denen die Nichtannahme der ArbN-leistung oder die Unterlassung der Bereitstellung der zur Arbeitsleistung erforderlichen Mittel dem ArbG in irgendeiner Weise zugerechnet werden kann.⁽²⁾

Mit dieser Argumentation werden Differenzierungen in den Tatbestand des Annahmeverzuges gebracht, die das Gesetz nicht vorsieht. Es ist aber nicht zulässig, den im Gesetz festgelegten Tatbestand einer Leistungsstörung lediglich deswegen zu modifizieren, weil bei seiner Anwendung im Rahmen der Regelungen über die Gegenleistung ein "unbillig" erscheinendes Ergebnis herbeigeführt wird. Möglich ist dann nur die Frage, ob die Regelung der Gegenleistung, d.h. also § 615 BGB, inhaltlich eingeschränkt werden kann oder muß.

Eine Modifizierung des Tatbestandes des Annahmeverzuges führt außerdem zu einem Ergebnis, das ebenfalls als "unbillig" bezeichnet werden kann. Wird nämlich in den Fällen, in denen der ArbG die Betriebsstörung nicht verhindern kann (z.B. Stromausfall infolge einer Naturkatastrophe, Musikverbot für eine Tanzkapelle wegen Staatstrauer), der Annahmeverzug des ArbG verneint, so hängt der Lohnanspruch des ArbN davon ab, ob er die zunächst nicht ausführbare Arbeitsleistung nachholen kann. Solange dies nicht möglich ist, ist der ArbG

(1) Enneccerus-Lehmann, § 52 II 1 b (243); ähnlich Heck, Schuldrecht, § 39,3(117), der Katastrophenfälle ausnehmen will.

(2) Sieveking in MDR 49, 330

nicht zur Lohnzahlung verpflichtet, §§ 320, 614 BGB. Warum gerade der ArbN das Risiko für solche Ereignisse tragen soll, die von ihm ebensowenig beeinflussbar sind wie vom ArbG, ist aber nicht einzusehen. Diese Folgerung wird deshalb von der oben angeführten Meinung selbst als berechtigter Einwand akzeptiert.⁽¹⁾

6. Die Untersuchung kann somit nur darin bestehen, ob die Regelung in § 615 BGB auf alle Fälle des Annahmeverzuges des ArbG und damit des "Betriebsrisikos" anzuwenden ist. Der Tatbestand des § 615 BGB sieht keine Differenzierung vor. Die danach begründete Rechtswirkung kann deshalb nur im Wege methodisch und sachlich einwandfreier Analogie eingeschränkt werden.

Hierbei ist zu beachten, daß § 615 BGB speziell Dienstverhältnisse regelt und damit die Besonderheiten auch der Arbeitsverhältnisse berücksichtigt: ArbN und ArbG haben sich bei Abschluß des Arbeitsvertrages darauf geeinigt, daß die Dienste des ArbN in bestimmten Zeiträumen zu leisten sind. Fehlt es an der Regelung des § 615 BGB, so müßte der ArbN seine während des Annahmeverzuges des ArbG nicht erbrachten Dienste außerhalb dieser Zeit nachleisten, um seinen Lohn beanspruchen zu können. Abgesehen davon, daß dem ArbN dadurch für die Zeit der Nachleistung die Möglichkeit genommen wäre, anderweitig Arbeitsleistungen gegen Entgelt zu erbringen⁽²⁾, wäre der ArbN regelmäßig an der Nachleistung durch die gesetzlichen Regelungen der Arbeitszeit gehindert. Da der ArbN auch während des Annahmeverzuges des ArbG in der Regel anderweitig Dienste gegen Entgelt nicht erbringen können, würde er im Ergebnis für die Zeit des Annahmeverzuges des ArbG keinen Lohn verdienen. Diese nachteiligen Folgen werden durch § 615 BGB ausgeschlossen, so daß unter diesem Gesichtspunkt sein Inhalt nur unter strengen Voraussetzungen eingeschränkt werden kann.

(1) Enneccerus-Lehmann, § 57 II 1 b (243);
Heck, Schuldrecht, § 39, 3 (117)

(2) Palandt-Gramm, § 615 Anm. 1

Für eine Anwendung des § 615 BGB auf alle "Betriebsrisikosachverhalte" spricht außerdem, daß bei der Fassung dieser Regelung der Tatbestand des Annahmeverzuges bewußt gewählt wurde, weil sämtliche Fälle der Betriebsstörung erfaßt werden sollten.⁽¹⁾

Das ist jedoch nur ein Hinweis für die Auslegung dieser Regelung. Entscheidend ist, welche rechtlichen Zusammenhänge bei der Regelung in § 615 BGB vorausgesetzt sind, welche Ausnahmen bestehen und ob die "Betriebsrisikosachverhalte" einen derartigen Ausnahmetatbestand erfüllen.

- a) Um die Besonderheit der in § 615 BGB getroffenen Regelung zu beurteilen, ist es erforderlich, von der Rechtslage auszugehen, die bei sonstigen gegenseitigen Schuldverhältnissen durch den Annahmeverzug des Gläubigers entsteht.⁽²⁾ Nach §§ 300 ff BGB bleibt die Leistungspflicht des Schuldners von dem Annahmeverzug des Gläubigers unberührt. Es tritt lediglich eine Haftungserleichterung des Schuldners ein, § 300 Abs.1 BGB: Der Schuldner hat nur dann Schadensersatz nach § 280 BGB zu leisten, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig die Unmöglichkeit seiner Leistung herbeiführt.

Für den Gläubiger, der ohne im Verzug der Annahme zu sein, nur die Gefahr trägt, den Anspruch auf die Leistung ohne Schadensersatzanspruch zu verlieren, wenn die Unmöglichkeit vom Schuldner weder vorsätzlich noch fahrlässig herbeigeführt worden ist (sog. Leistungsgefahr), wird diese Gefahr also während des Annahmeverzuges insofern erweitert, als er auch dafür die Gefahr trägt, daß die Leistung infolge leichter Fahrlässigkeit des Schuldners unmöglich wird.

Bezüglich der Gegenleistung bestimmt § 324 Abs.2 BGB, daß der Schuldner seinen Anspruch auf die Gegenleistung behält, wenn seine Leistung während des Annahmeverzuges

(1) Oertmann in AcP 116, 26

(2) vgl. zu Folgendem: Wolf, Merkblatt, S. 4 f

des Gläubigers infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich wird. Die in § 323 BGB für das Synallagma geregelte Gefahrverteilung, wonach der Gläubiger bei einer weder von ihm noch vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners von der Pflicht zur Gegenleistung frei wird, ist bei Annahmeverzug des Gläubigers also zuungunsten des Gläubigers verändert, und zwar in zweifacher Weise: Einmal hat der Gläubiger während des Annahmeverzuges die Gefahr der Gegenleistung für die Fälle zu tragen, in denen die Unmöglichkeit der Leistung weder von ihm noch vom Schuldner zu vertreten ist; zum anderen hat der Gläubiger die Gefahr der Gegenleistung auch dann zu tragen, wenn die Unmöglichkeit der Leistung auf leichter Fahrlässigkeit des Schuldners beruht, § 324 Abs. 2 i. Verb. mit § 300 Abs. 1 BGB.⁽¹⁾

Die Regelung in § 615 BGB geht für das Dienstverhältnis und damit auch für das Arbeitsverhältnis darüberhinaus: Bereits durch den Annahmeverzug selbst wird der ArbN von der Nachleistung der infolge des Annahmeverzuges nicht erbrachten Arbeitsleistung frei, verliert der ArbG den Anspruch auf diese Arbeitsleistung. Die vom ArbG auf Grund der §§ 275, 300 BGB zu tragende Leistungsgefahr ist in § 615 BGB also insofern erweitert, als nicht erst die Unmöglichkeit der Leistung während des Annahmeverzuges, sondern bereits der Annahmeverzug selbst die Bedingung ist, mit deren Eintritt der ArbG den Anspruch auf die Leistung des ArbN verliert.

Da die Lohnzahlungspflicht des ArbG bestehen bleibt, obwohl gemäß § 615 BGB der Anspruch auf die Leistung des ArbN erlischt, ist mit dieser Regelung auch eine entsprechende Festlegung über die Gefahrtragung hinsichtlich der Gegenleistung getroffen: Der ArbG trägt die Gefahr, bei Eintritt des Annahmeverzuges Lohn zahlen

(1) Allgem. Meinung, vergl. Larenz Bd. I, § 24 II a
Soergel-Siebert, § 324, Anm. 3

zu müssen, ohne die Arbeitsleistung des ArbN beanspruchen zu können.

Daraus ergibt sich, daß § 615 BGB die Gefahren der Leistung und der Gegenleistung zwischen ArbG und ArbN in bestimmter Weise regelt. Bei einer Regelung der Gefahrtragung ist zu unterscheiden, für welches Ereignis die Gefahr zu tragen ist und welche nachteiligen Folgen mit dem Eintritt dieses Ereignisses verbunden sind. Letztere Frage ist bereits beantwortet. Fraglich ist jedoch, für welches Ereignis der ArbG gemäß § 615 BGB die Gefahr trägt.

§ 615 BGB hat als Tatbestandsvoraussetzung den Annahmeverzug des ArbG. Wie bereits erörtert wurde, tritt der Annahmeverzug unabhängig davon ein, aus welchen Gründen die Annahme der Leistung unterbleibt. Der Tatbestand des Annahmeverzuges umfaßt also sowohl den Fall, daß der ArbG die Arbeitsleistung nicht annimmt, obwohl ihm dies möglich wäre, als auch den Fall der Nichtannahme wegen Unmöglichkeit der Annahme. Der Begriff der Gefahrtragung setzt voraus, daß es sich bei dem Ereignis, für welches die Gefahr zu tragen ist, um einen Umstand handelt, der unabhängig vom Willen dessen eintritt, der die Gefahr trägt. Der Sachverhalt, daß der ArbG die angebotene Arbeitsleistung nicht annimmt, obwohl ihm dies möglich wäre, kann daher nicht Gegenstand der Gefahrtragungsregelung sein.⁽¹⁾ Als erstes Ergebnis ist dementsprechend festzustellen, daß sich die gemäß § 615 BGB vom ArbG zutragende Gefahr nicht auf alle Fälle des Annahmeverzuges bezieht, sondern nur die Sachverhalte erfaßt, in denen die Annahme der ArbN-leistung dem ArbG nicht möglich ist.

(1) In den rechtlichen Folgen ergibt diese dogmatische Unterscheidung keine Differenzierung. Verliert der ArbG den Anspruch auf die Arbeitsleistung bei fortbestehender Lohnzahlungspflicht in dem Fall, daß ihm die Annahme unmöglich ist, so hat er erst recht diese Konsequenzen zu tragen, wenn er die Arbeitsleistung willkürlich nicht annimmt.

Die Regelung des Annahmeverzuges in §§ 293 ff BGB unterscheidet nicht, ob die Unmöglichkeit der Annahme vom ArbG oder ArbN zu vertreten ist oder nicht. Es ist deshalb erforderlich, auf Grund der allgemeinen Gefahrtragungsregelungen zu untersuchen, ob die Regelung des § 615 BGB alle Sachverhalte der Unmöglichkeit der Annahme ohne Rücksicht auf die Ursache dieser Unmöglichkeit erfaßt. Daraus ergibt sich dann auch, ob der ArbG die Gefahr von Leistung und Gegenleistung für alle Fälle des "Betriebsrisikos" zu tragen hat.

- b) Das Gesetz enthält keine allgemeinen Regelungen der Gefahrtragung, sondern setzt die Grundregeln hierfür voraus. Diese allgemeinen Grundregeln müssen daher anhand der im BGB geregelten Tatbestände geklärt werden.

Ausgangspunkt ist dabei der für die absoluten Rechte geltende Grundsatz, daß der durch ein zufälliges Ereignis betroffene Berechtigte das Risiko der Beeinträchtigung seines Rechtes tragen muß (casum sentit dominus). So hat z.B. der Eigentümer gegen niemand einen Ersatzanspruch, wenn die ihm gehörende Sache durch Zufall beschädigt wird oder untergeht.

Dieser Grundsatz gilt nach dem BGB auch bei den relativen Rechten: Der Gläubiger einer Forderung verliert nach §§ 275, 280 BGB den Anspruch auf die geschuldete Leistung, ohne Ersatz verlangen zu können, wenn die Leistung aus Gründen unmöglich wird, die der Schuldner nicht zu vertreten hat.

Beispiel Nr. 1:

A kauft bei B das Rennpferd P. Vor der Übergabe an A stirbt das Pferd aus unerklärlichen Gründen. A verliert seinen Anspruch auf Lieferung des Pferdes ersatzlos.

Daraus ist der Grundsatz (1) zu erkennen:

Der Gläubiger trägt die Gefahr, für den Fall der vom Schuldner nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung den Anspruch auf diese ersatzlos zu verlieren.

Hiervon gibt es jedoch einen Ausnahmetatbestand, wonach die Leistungsgefahr vom Schuldner zu tragen ist. Gemäß § 279 BGB verliert der Gläubiger einer Gattungsschuld seinen Anspruch auf die Leistung nicht, auch wenn das Leistungsvermögen des Schuldners zufällig eintritt, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist. Voraussetzung dafür, daß der Gläubiger seinen Anspruch behält, ist der Umstand, daß der Schuldner die Leistung nicht individualisiert hat.

Beispiel Nr. 2:

Der Gutsbesitzer G verkauft an die Großschlächtereier 10 Stück Rindvieh. Bevor G die zu liefernden Tiere aus seinem Bestand aussondert, verliert er sein sämtliches Vieh durch einen Großbrand. G bleibt zur Lieferung von 10 Stück Rindvieh verpflichtet.

Daraus ist der Grundsatz (2) zu erkennen:

Der Schuldner trägt bis zur Individualisierung der Gattungsleistung die Gefahr, für den Fall des unverschuldeten Unvermögens zur Leistung der Gattungssache verpflichtet zu bleiben.

Mit der Individualisierung der Gattungsschuld bzw. mit dem Annahmeverzug des Gläubigers endet diese Leistungsgefahr des Schuldners, §§ 243 Abs.2, 300 Abs.2 BGB. Da sich die Leistungspflicht des Schuldners nunmehr auf die individualisierte Leistung beschränkt, trägt der Gläubiger gemäß §§ 275, 280 BGB die Leistungsgefahr.

Beispiel Nr. 3:

Der Gutsbesitzer G (vgl. Beispiel Nr. 2) hat 10 Stück Rindvieh ausgesondert und zur Abholung bereitgestellt. Die Tiere kommen bei einem Großbrand um. Die Großschlächtereier verliert ihren Anspruch auf Lieferung.

Daraus ist der Grundsatz (3) zu erkennen:

Endet die bei Gattungsschulden gemäß § 279 BGB vom Schuldner zu tragende Leistungsgefahr durch Individualisierung oder Annahmeverzug des Gläubigers, so hat nunmehr der Gläubiger die Leistungsgefahr entsprechend dem Grundsatz (1) zu tragen.

Für die gegenseitigen Schuldverhältnisse wird die Gefahrtragungsregelung durch die im Synallagma bestehende Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung erweitert. Die Gefahr, den Anspruch auf die Leistung zu verlieren, bezieht sich nicht nur auf den Fall, daß die Leistung zufällig unmöglich wird. Der Gläubiger verliert vielmehr auch dann den Anspruch auf die Leistung, wenn die eigene von ihm geschuldete Gegenleistung zufällig unmöglich wird, § 323 BGB.

Beispiel Nr. 4:

A tauscht mit B das Rennpferd P gegen seine Stute S ein. Vor der Übergabe der Stute S stirbt diese aus unerklärlichen Gründen. A verliert seinen Anspruch auf Lieferung des Rennpferdes P.

Daraus ist der Grundsatz (4) zu erkennen:

Der Gläubiger trägt bei gegenseitigen Schuldverhältnissen die Gefahr, den Anspruch auf die Leistung zu verlieren, über den Grundsatz (1) hinaus auch für den Fall der zufälligen Unmöglichkeit der Gegenleistung.

Hat allerdings der andere Teil die Unmöglichkeit der Gegenleistung zu vertreten, so verliert der Gläubiger seinen Anspruch auf die Leistung nicht, § 324 Abs.1 BGB.

Beispiel Nr. 5:

Die Stute S (vgl. Beispiel Nr. 4) verendet vor der Übergabe an B, weil sie bei einem Proberitt durch das Verschulden von B unglücklich gestürzt ist. A behält seinen Anspruch auf die Lieferung des Rennpferdes P.

Daraus ist der Grundsatz (5) zu erkennen:

Die nach Grundsatz (4) vom Gläubiger zu tragende Gefahr, den Anspruch auf die Leistung zu verlieren, umfaßt nicht den Fall, daß die Unmöglichkeit der Gegenleistung vom anderen Teil zu vertreten ist.

Die vom Gläubiger zu tragende Gefahr, den Anspruch auf die Leistung zu verlieren, wenn seine Gegenleistung zufällig unmöglich wird, ist gemäß § 324 Abs.2 BGB inso-

fern eingeschränkt, als eine unverschuldete Unmöglichkeit der Gegenleistung während des Annahmeverzuges des anderen Teiles hiervon nicht umfaßt wird. Der sich im Annahmeverzug befindliche andere Teil trägt also die Gefahr, den Anspruch auf die Gegenleistung zu verlieren, trotzdem aber zur Leistung verpflichtet zu bleiben.

Beispiel Nr. 6:

(vgl. Beispiel Nr. 4) A hat termingerecht seine Stute S zu B gebracht, der jedoch abwesend ist. Danach stirbt die Stute S aus unerklärlichen Gründen. B muß das Pferd P an A liefern, obwohl A von seiner Lieferpflicht frei ist.

Daraus ist der Grundsatz (6) zu erkennen:

Die nach Grundsatz (4) vom Gläubiger zu tragende Gefahr, den Anspruch auf die Leistung zu verlieren, umfaßt nicht den Fall der unverschuldeten Unmöglichkeit der Gegenleistung während des Annahmeverzuges des anderen Teiles. Für diesen Sachverhalt trägt der andere Teil die Gefahr.

Wird jedoch die vom Gläubiger zu erbringende Gegenleistung während des Annahmeverzuges des anderen Teiles infolge eines Umstandes unmöglich, den der Gläubiger zu vertreten hat, so hat der andere Teil für dieses Ereignis nicht die Gefahr zu tragen, § 324 Abs.2 BGB. In diesem Fall kann der andere Teil entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten, was für den Gläubiger der Leistung bedeutet, entweder Schadensersatz leisten zu müssen oder den Anspruch auf die Leistung zu verlieren.

Beispiel Nr. 7:

Im Sachverhalt des Beispiels Nr. 6 stirbt die Stute S, weil A sie, nachdem er sie vergeblich zu B gebracht hatte, mißhandelt hat. B kann entweder Schadensersatz verlangen oder vom Vertrag zurücktreten und braucht dann sein Pferd P nicht mehr zu liefern.

Daraus ist der Grundsatz (7) zu erkennen:

Der Ausschluß der Gefahrtragung für die während des Annahmeverzuges des anderen Teiles eintretende Unmöglichkeit der Gegenleistung (Grundsatz (6)) greift für den Fall nicht ein, daß die Unmöglichkeit vom Gläubiger zu vertreten ist. Dementsprechend trägt der andere Teil, obwohl er sich in Annahmeverzug befindet, nicht die Gefahr für diese vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit der Gegenleistung.

- c) Eine unmittelbare Anwendung dieser Gefahrtragungsregelungen auf die Fälle des "Betriebsrisikos" kommt nicht in Betracht. Der Fall, daß die ArbN-leistung während des Annahmeverzuges des ArbG durch vom ArbN zu vertretende Umstände unmöglich wird (z.B.: der ArbN erleidet in der Zeit des Annahmeverzuges des ArbG durch leichtsinniges Verhalten einen Unfall, der ihn arbeitsunfähig macht), berührt die Regelung des § 615 BGB nicht. Mit dem Eintritt der Unmöglichkeit der ArbN-leistung endet der Annahmeverzug des ArbG und die Frage der Lohnzahlungspflicht ist aus § 324 Abs.2 BGB zu beantworten, der diesen Sachverhalt ausdrücklich regelt. Das Problem des "Betriebsrisikos" bleibt für die Zeit bis zum Eintritt der Unmöglichkeit der ArbN-leistung bestehen und ist aus § 615 BGB zu lösen.

Da die oben erarbeiteten Grundsätze der Gefahrtragung aus Regelungen erkannt worden sind, die generell für alle Schuldverhältnisse gelten, können sie wegen ihrer Allgemeinheit auch Maßstab für spezielle Gefahrtragungsregelungen sein, die im BGB für einzelne Schuldverhältnisse enthalten sind. Für das Problem des "Betriebsrisikos" gewinnt dabei der aus den dargestellten Grundsätzen über die Gefahrtragung abzuleitende allgemeine Obersatz Bedeutung.

Um auf Grund dieser allgemeinen Regelungen der Gefahrtragung zu erkennen, auf welches Ereignis sich die vom ArbG gemäß § 615 BGB zu tragende Gefahr bezieht, ist es erforderlich, folgenden Unterschied zu beachten: Die oben dargestellten Gefahrtragungsregelungen stellen sämtlich auf die Unmöglichkeit der Leistung ab als das Ereignis, an dessen Eintritt die nachteilige Rechtsfolge geknüpft wird. Nach § 615 BGB bewirkt dagegen der Annahmeverzug unmittelbar den Verlust des Anspruches auf die Arbeitsleistung bei fortbestehender Lohnzahlungspflicht. Daraus folgt, daß Unmöglichkeit der Leistung einerseits und Unmöglichkeit der Annahme der Leistung andererseits die sich entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen in den verschiedenen Gefahrtragungsregelungen sind.

Analysiert man die oben gefundenen Grundsätze über die Gefahrtragung, so ist aus dem Verhältnis der Grundsätze (4) und (5) bzw. (6) und (7) die Erkenntnis zu gewinnen, daß die von dem einen Teil zu tragende Gefahr für den Eintritt eines bestimmten Ereignisses den Fall nicht umfaßt, daß dieses Ereignis infolge von Umständen eintritt, die der andere Teil zu vertreten hat.

Für § 615 BGB ist aus diesen Überlegungen der Schluß zu ziehen, daß der ArbG die Gefahr, den Anspruch auf die Arbeitsleistung bei fortbestehender Lohnzahlungspflicht zu verlieren, nicht für den Fall trägt, daß der Annahmeverzug auf Umständen beruht, die vom ArbN zu vertreten sind. Gilt für solche Sachverhalte die Gefahrtragungsregelung des § 615 BGB nicht, so kommen insofern die Regelungen der §§ 320 ff BGB zur Anwendung. Das bedeutet, daß die ArbN die Gefahr tragen, ihren Lohnanspruch zu verlieren, wenn sie die von ihnen geschuldete Arbeitsleistung aus von ihnen zu vertretenden Gründen nicht erbringen.

Ist somit erkannt, daß der ArbG gemäß § 615 BGB nicht die Gefahr für den Annahmeverzug trägt, der auf vom

ArbN zu vertretenden Umständen beruht, so ist die Frage bezüglich der Lohnfortzahlung in den Sachverhalten des "Betriebsrisikos" in der Weise zu stellen, ob hier der Annahmeverzug des ArbG infolge von Umständen eintritt, die vom ArbN zu vertreten sind.

7. Welche Sachverhalte hiernach der Regelung des § 615 BGB nicht unterliegen, hängt davon ab, was der ArbN zu vertreten hat.

- a) Als Regel gibt § 276 BGB an, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten sind. Hat also z.B. der ArbN vorsätzlich die Maschine, an der er seine Arbeit zu verrichten hat, beschädigt und kann der ArbG ihn deswegen nicht beschäftigen, so liegt zwar der Tatbestand des Annahmeverzuges des ArbG vor. Da jedoch der Annahmeverzug des ArbG auf Umständen beruht, die der ArbN zu vertreten hat, hat der ArbG hierfür nicht die Gefahr zu tragen. Greift daher § 615 BGB nicht ein, so ist der ArbG für die Zeit der nicht geleisteten Arbeit nicht zur Lohnzahlung verpflichtet.

Die Frage, ob in diesem Fall das gleiche Ergebnis dadurch erreicht wird, daß der ArbG einen Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung auch bezüglich der Lohnsumme hat, mit dem er gegenüber dem Lohnanspruch des ArbN nach § 615 BGB aufrechnen kann, braucht in diesem Zusammenhang nicht verfolgt zu werden. Abgesehen davon, daß bei dieser Lösung die Einschränkung des § 394 BGB das Ergebnis ändern kann, ist es sachwidrig, den Lohnanspruch aufrecht zu erhalten, der dem ArbN nicht zukommt, und die Lösung einer das synallagmatische Verhältnis betreffenden Frage nicht auf Grund der hierfür gegebenen Regelungen zu suchen.

- b) Den "Betriebsrisikosachverhalten" ist jedoch gemeinsam, daß der ArbN die Betriebsstörung und den dadurch bedingten Annahmeverzug des ArbG nicht selbst herbeigeführt hat. Es liegt deshalb bei diesen Sachverhalten kein Verschulden dieses ArbN vor. Aus diesem Grunde kann § 615 BGB also nur dann nicht angewendet werden, wenn der ArbN auch von ihm nicht verschuldete Betriebsstörungen zu vertreten hat.

Unter dem Begriff "Vertretenmüssen" ist nach den Regelungen des BGB nicht nur Verschulden, sondern auch das Einstehenmüssen für unverschuldete Ereignisse zu verstehen.⁽¹⁾ Dies ergibt sich einmal aus § 276 Abs.1 BGB. Da hier der Umfang des Vertretenmüssens nicht abschließend sondern nur soweit geregelt wird, "als nicht ein anderes bestimmt ist", darf Vertretenmüssen nicht mit Verschulden gleichgesetzt werden. Zum anderen wird im BGB der Begriff Vertretenmüssen auch in Regelungen gebraucht, in denen es eine Haftung für vom Schuldner nicht verschuldete Umstände anordnet, §§ 278, 279, 459/460 BGB. Danach ist es also möglich, daß der ArbN auch für von ihm nicht verschuldete Ereignisse einzustehen hat. Auch das Vertretenmüssen von Handlungen Dritter ist dem BGB nicht fremd, wie § 278 BGB beweist, so daß ein Vertretenmüssen von Handlungen Dritter in den "Betriebsrisikosachverhalten" ebenfalls in Betracht kommen kann. Damit ist jedoch nur die negative Feststellung getroffen, daß ein Vertretenmüssen des ArbN in den "Betriebsrisikosachverhalten" nicht grundsätzlich auszuschließen ist. Es bedarf nunmehr der positiven Feststellung, welche Ereignisse der ArbN zu vertreten hat.

Da das BGB keine über § 276 BGB hinausgehende allgemeine Regelung darüber enthält, was ein ArbN zu ver-

(1) Wolf in AcP 153, 98; Staudinger-Werner, Vorbem. zu §§ 275-292, Anm. 2

treten hat, muß den vorhandenen Regelungen über ein Vertretenmüssen entnommen werden, in welchen Fällen der Schuldner ein Verschulden anderer oder sonstige von ihm nicht verschuldete Umstände zu vertreten hat.

Es kann hierzu auf § 278 BGB hingewiesen werden, nach dem der Schuldner ein Verschulden Dritter insoweit zu vertreten hat, als er sich ihrer zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Ein Vertretenmüssen von Handlungen Dritter besteht auch nach § 831 BGB, nach dem die fehlerhafte Auswahl und Beaufsichtigung von Vorrichtungsgewerkschaften Haftungs Voraussetzung ist. Weiter mag in diesem Zusammenhang § 431 HGB erwähnt werden, nach dem ein Frachtführer ein Verschulden Dritter zu vertreten hat, sofern er sie zur Ausführung der Beförderung heranzieht.

Neben diesen Fällen, in denen das Vertretenmüssen des Schuldners auf Grund seiner Entscheidung erweitert wird, ist schließlich auf die Haftung für den gesetzlichen Vertreter nach § 278 BGB und auf die Verantwortlichkeit des Vereins für seine Organe hinzuweisen.

In allen diesen Fällen eines über § 276 BGB hinausgehenden Vertretenmüssens ist festzustellen, daß die Grenze für den Bereich des Vertretenmüssens dort liegt, wo der Handlungsbereich des Schuldners endet.

- ba) Werden die "Betriebsrisikosachverhalte" unter diesem Aspekt analysiert, so kann bereits auf Grund dieser Erkenntnis festgestellt werden, daß dann, wenn die Betriebsstörung weder auf das Verhalten eines einzelnen ArbN noch auf das Verhalten einer Mehrzahl von ArbN zurückzuführen ist, der ArbN die eine solche Betriebsstörung verursachenden Ereignisse nicht zu vertreten hat. Es handelt sich dabei um die Fälle, in denen die Betriebsstörung durch ein den Betriebsablauf berührendes Ereignis verursacht wird, wobei es gleichgültig ist, ob es sich um eine technische Störung (Stromaus-

fall, Ausfall einer Maschine infolge Abnutzung) oder um eine betriebsorganisatorische Störung (Stillstand der Produktion wegen verspätet eintreffender Fertigungsstoffe) handelt. Auch die Fälle, in denen die Betriebsstörung auf außergewöhnlichen Umständen beruht (Katastrophen, Kriegseinwirkungen), sind hierher zu rechnen. Auch solche Ereignisse sind vom ArbN nicht zu vertreten.

Sind diese Betriebsstörungen nicht vom ArbN zu vertreten, so bleibt die Gefahrtragsungsregelung in § 615 BGB unberührt. Als Teilergebnis kann deshalb festgestellt werden, daß in diesen Fällen der ArbG nach § 615 BGB zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist und der ArbN von der Pflicht zur Leistung der Arbeit frei wird.⁽¹⁾

Es bleiben die Sachverhalte zu untersuchen, in denen die Betriebsstörung durch ArbN verursacht worden ist. Da der Lohnanspruch des ArbN, der die Betriebsstörung selbst verursacht hat, bereits geklärt ist⁽²⁾, muß die Frage in der Weise gestellt werden, ob und wann ein ArbN das Verhalten anderer ArbN, das zu einer Betriebsstörung geführt hat, vertreten muß.

Die Regelungen des BGB kennen ein Einstehenmüssen für das Verhalten Dritter nur in den hier nicht anwendbaren §§ 278, 831, 832 BGB. Es ist daher zu untersuchen, ob eine Erweiterung der vom ArbN zu vertretenden Umstände gegenüber diesen Regelungen dadurch eingetreten ist, daß nach dem Inkrafttreten des BGB Tatbestände des kollektiven Arbeitsrechts entstanden, die in den BGB-Regelungen nicht berücksichtigt sind.

Da eine Erweiterung des Vertretenmüssens der ArbN aus anderen Gründen nicht ersichtlich ist, sind die "Betriebsrisikosachverhalte", in denen die Betriebsstörung nicht durch ein kollektives Verhalten von ArbN verursacht worden ist, bereits jetzt aus der weiteren Untersuchung

(1) Im Ergebnis ebenso BAG 3, 346, 348 und ihm folgend die h.M.

(2) s.o. S. 50

auszuscheiden. In den Fällen also, in denen entweder ein einzelner ArbN (etwa durch Beschädigung des Transportbandes im Fließbandwerk) oder mehrere, unabhängig voneinander, nicht kollektiv handelnde ArbN (etwa dadurch, daß sie, ohne sich abgestimmt zu haben, den Betrieb verlassen, um ein Fußballspiel zu besuchen) eine Betriebsstörung verursachen, haben die übrigen ArbN diese Betriebsstörung nicht zu vertreten. Diese haben deshalb nach § 615 BGB Anspruch auf ihren Lohn.

- bb) Die weitere Untersuchung beschränkt sich somit auf die Frage, ob es ein ArbN zu vertreten hat, wenn ein kollektives Handeln anderer ArbN eine Betriebsstörung verursacht, die es dem ArbG unmöglich macht, dessen Arbeitsleistung anzunehmen.

Das kollektive Verhalten anderer ArbN kann ein unbeteiligter ArbN nur dann zu vertreten haben, wenn ein Tatbestand gegeben ist, der einen rechtlichen Zusammenhang zwischen den an der kollektiven Handlung beteiligten ArbN und den daran nicht beteiligten herstellt. Diese Voraussetzung ist durch die rechtliche Anerkennung der ArbN als in besonderer Weise kollektiv handlungsberechtigt gegeben. Seit 1918 haben die Vereinigungen der ArbN die Befugnis, Arbeitsbedingungen auszuhandeln und mit normativer Wirkung zu regeln. Ein Streik ist als kollektives Kampfmittel beim Aushandeln der Arbeitsbedingungen unter bestimmten Voraussetzungen rechtmäßig. Mit dieser gesetzlichen Privilegierung des kollektiven Handelns der ArbN ist verbunden, daß sich die ArbN insoweit als Kollektiv behandeln lassen müssen.

Dies wird bei den normativen Kollektivvereinbarungen bereits dadurch deutlich, daß die Wirkungen solcher Vereinbarungen für den einzelnen ArbN unabhängig davon eintreten, ob sie von ihm gewollt sind oder nicht. Freilich sind diese Wirkungen von den Vereinigungen gesetzt und

insofern nicht den Rechtsfolgen gleichzustellen, die bei Verwirklichung eines Tatbestandes Kraft Gesetzes eintreten.

Dagegen wird im Arbeitskampfrecht deutlich, daß die Wirkungen kollektiven Handelns auch für ArbN eintreten können, die an der kollektiven Handlung nicht beteiligt sind: Treten ArbN in den Streik, um ihre Ziele zu erreichen, so müssen sich sowohl die Streikenden als auch die am Streik nicht beteiligten ArbN hinsichtlich dieser Aktion als Gruppe behandeln lassen. Das zeigt sich darin, daß der ArbG eines bestreikten Betriebes die rechtliche Möglichkeit hat, die kollektive Gegenmaßnahme der Aussperrung zu ergreifen. Diese Gegenmaßnahme, die sich entgegen der Rechtsprechung des BAG nur gegen die arbeitswilligen ArbN richten kann⁽¹⁾, ist diesen gegenüber rechtmäßig, obwohl sie gegenüber ArbN wirkt, die nicht am Ausstand beteiligt sind. Die Gruppe der ArbN wird also nicht nur in ihren jeweils handelnden Mitgliedern, sondern in ihrem gesamten Umfang erfaßt.⁽²⁾ Es kommt mithin lediglich auf die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe der ArbN an. Wegen ihrer Gruppenzugehörigkeit haben die arbeitswilligen ArbN dafür einzustehen, daß ein Teil ihrer Gruppe ohne oder sogar gegen ihren Willen kollektiv gehandelt hat.⁽³⁾

Damit ist festgestellt, daß ein ArbN kollektives Handeln anderer ArbN in gewissem Umfang zu vertreten hat, wenn er zu einer entsprechenden Gruppe gehört. Eine solche Gruppe sind die ArbN eines Betriebes oder eines Tarif-

(1) Nach der Rechtsprechung des BAG ist auch die Aussperrung von Streikenden möglich. Es erübrigt sich, im Rahmen dieser Untersuchung auf diese Meinung einzugehen, da es hier nur darauf ankommt, daß die arbeitswilligen, nicht am Streik beteiligten ArbN von einer Gegenmaßnahme betroffen sein können.

(2) Bulla in Festschrift für Nipperdey, S. 181 f

(3) unrichtig daher: Bötticher, Waffengleichheit, S.13; Molitor in BB 53,886; König in RdA 48, 60, nach dem die Einstellung der ArbN zum Streik maßgebend sein soll.

bezirks. Das Merkmal der Gruppenzugehörigkeit liegt in der rechtlichen Möglichkeit eines ArbN, sich mit anderen zu einer bestimmten privilegierten Vereinigung zusammenzuschließen.

Ist deshalb durch eine kollektive Handlung von ArbN eines Betriebs eine Betriebsstörung eingetreten und kann ein ArbN aus diesem Grund seine Arbeitsleistung nicht erbringen, so ist in diesem Falle die Betriebsstörung und der dadurch verursachte Annahmeverzug des ArbG von ihm zu vertreten. Die Regelung des § 615 BGB ist deshalb nicht anzuwenden, so daß der ArbG von seiner Lohnzahlungspflicht entsprechend der nicht geleisteten Arbeit frei wird.

Da für das Vertretenmüssen insoweit nur die Gruppenzugehörigkeit maßgebend ist, kommt es auch nicht darauf an, ob der betroffene ArbN mit der handelnden Gruppe organisatorisch verbunden ist, ob er mit deren Handeln einverstanden ist oder auf die handelnden ArbN eingewirkt hat bzw. einwirken konnte. Es ist deshalb für die Nichtanwendbarkeit des § 615 BGB unerheblich, ob es sich um einen von einer Gewerkschaft organisierten Streik handelt oder nicht, desgleichen, ob der betroffene ArbN Mitglied der Gewerkschaft ist oder nicht. Es ist auch irrelevant, ob durch kollektive Handlungen der Arbeiter die Bedingungen für die Möglichkeit der Annahme der Leistungen für Angestellte des Betriebes nicht vorhanden sind.⁽¹⁾

(1) Im Ergebnis ebenso: BAG 3, 346, 349 ff; BAG in AP Nr.4 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; LAG Hannover in AP 54, Nr.28

Wie bereits oben (S.26) bemerkt wurde, hat das BAG in seiner Entscheidung Bd.3, 346 ff in der Begründung ausgeführt, daß für den Lohnverlust der arbeitswilligen ArbN die "Solidarität" der ArbN untereinander maßgebend ist, der Lohnverlust eine Auswirkung des kollektiven Zusammenschlusses der ArbN ist, BAG a.a.O., S.349. Der Fehler der BAG-Rechtsprechung liegt darin, daß sie die gesetzliche Grundlage außer acht gelassen und das Argument der Gruppenzugehörigkeit nicht richtig erfaßt hat.

In Rechtsprechung und Schrifttum wird teilweise unterschieden zwischen den gewerkschaftlich organisierten Handlungen, die immer zum Lohnverlust führen sollen, und den gewerkschaftlich nicht organisierten Kollektivhandlungen, die nur bei einem Teilstreik im eigenen Betrieb den ArbG von der Lohnzahlungspflicht befreien sollen.⁽¹⁾ Als Grund für diese Differenzierung wird angegeben, daß es auf die Möglichkeit einer Beeinflussung der handelnden ArbN durch die von der kollektiven Handlung betroffenen ArbN ankomme. Wie bereits gezeigt wurde, ist jedoch für die Frage des Vertretenmüssens nur die Gruppenzugehörigkeit der ArbN ausschlaggebend. Zudem ist die Unterscheidung der Sachverhalte in sich nicht konsequent. Maßgebend für die Beeinflussungsmöglichkeit der ArbN untereinander könnte nur ein entsprechendes Rechtsverhältnis sein, da nicht die jeweiligen tatsächlichen Machtverhältnisse erheblich sein können, wenn nicht Terror innerhalb der Gruppe herrschen soll.⁽²⁾ Eine rechtliche Beeinflussungsmöglichkeit fehlt aber bereits zwischen den einzelnen Gewerkschaften: So kann z. B. die für die Energieversorgungsbetriebe zuständige Gewerkschaft rechtlich nicht bestimmt werden, einen von ihr ausgerufenen Streik einzustellen, wenn die Gewerkschaft der infolge des Streiks stillstehenden Betriebe auf eine Wiederaufnahme der Arbeit drängt. Ebenso fehlt ein Einwirkungsrecht der nicht organisierten ArbN auf die Gewerkschaften. Wenn die von den kollektiven Handlungen betroffenen ArbN dennoch für die Folgen dieser Handlungen einstehen müssen, so kann der Grund dafür also nicht in einer rechtlich nicht bestehenden Beeinflussungsmöglichkeit liegen. Ob im Betrieb durch die

-
- (1) BAG in AP Nr.3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Bulla in Anm.zur Entsch.32 AR-Blattei, Arbeitsausfall II, II Betriebsstörung; Schnorr v.Carolsfeld, § 7 B VII 4 b (220)
- (2) Mit Recht weist Rüthers (BB 64, 312, 313) außerdem darauf hin, daß das im Zusammenhang mit den Problemen der Sympathie-Streiks ebenfalls verwendete Argument der Möglichkeit einer Einflußnahme auf die Partner eines Arbeitskampfes sehr vage ist und die Frage unbeantwortet läßt, nach welchen Maßstäben der wirkliche Einfluß gemessen werden soll. Bei einem großen Teil der ArbN wird eine Einflußmöglichkeit überhaupt fehlen oder zumindest sehr gering sein (Löwisch DB 63, 899, 900)

Betriebsversammlung gemäß §§ 42 Abs.2, 44 BetrVerfG eine wirksame Beeinflussungsmöglichkeit für die ArbN untereinander gegeben ist, erscheint ebenfalls zweifelhaft. Die Frage braucht hier jedoch nicht weiter verfolgt zu werden, da die oben aufgezeigten Unstimmigkeiten der Gegenmeinung dadurch nicht ausgeräumt werden können.

Für das Vertretenmüssen der ArbN ist es außerdem unerheblich, ob es sich um kollektive Handlungen im eigenen Betriebe oder in einem technisch vorgeordneten Betrieb handelt, sofern die ArbN durch das Gesetz sowohl im Betrieb als auch überbetrieblich als Gruppe anerkannt und privilegiert werden. (1)

Schließlich kann es für das Vertretenmüssen kollektiver Handlungen durch alle ArbN nicht darauf ankommen, ob diese Handlungen rechtmäßig oder rechtswidrig sind. Das Recht der ArbN, als Kollektiv zu handeln, umfaßt zwar nur rechtmäßige kollektive Handlungen. Die darin liegende rechtliche Anerkennung der ArbN als Gruppe wird jedoch durch eine rechtswidrige Handlung des Kollektivs nicht berührt. Der unrechtmäßige Gebrauch des Rechts macht nur die einzelne kollektive Handlung rechtswidrig, hebt aber nicht die anerkannte Gruppenstellung der ArbN auf. Die ArbN haben deshalb die Betriebsstörung unabhängig davon zu vertreten, ob die Ursache dafür in einer rechtmäßigen oder rechtswidrigen Kollektivhandlung liegt. (2)

Zusammenfassend stellt sich demnach die Lösung des "Betriebsrisikoproblems" so dar, daß der ArbG bei einer Betriebsstörung nach § 615 BGB Lohn an die ArbN zu zahlen hat, die infolge der Betriebsstörung ihre Arbeit nicht ausführen können. Haben die ArbN die Betriebsstörung zu vertreten, - und vertreten müssen sie nicht

(1) Maßgebend für die Abgrenzung der privilegierten Gruppen sind die Regelungen des BetrVerfG bzw, TVG (s.o.S.55, 56)

Für den gewerkschaftlich organisierten Streik im Ergebnis ebenso: BAG 3, 346, 348 ff

(2) Im Ergebnis ebenso: BAG in AP Nr.3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko

nur ihr eigenes Verhalten, sondern auch Kollektivmaßnahmen anderer ArbN des Betriebs - , entfällt die Lohnzahlungspflicht des ArbG, soweit die Arbeitsleistungen aus diesem Grunde nicht erbracht werden können.

8. Vergleicht man diese Lösung des "Betriebsrisikoproblems" mit den Ergebnissen, die auf Grund der sog. "Sphärentheorie" erreicht werden, so ist festzustellen, daß bei den meisten Sachverhalten in den Ergebnissen Übereinstimmung besteht.

Lediglich in den Sachverhalten, in denen außergewöhnliche Ereignisse den Betriebsablauf unterbrechen und für die das RAG und einige LAGe wegen der Bestandsgefährdung des Betriebes entschieden haben, daß der ArbN den Lohnanspruch ganz oder teilweise verliert⁽¹⁾, führt die "Sphärentheorie" zu einem Unterschied in den Rechtsfolgen. Die zur Begründung dieser Entscheidungen angeführten Argumente sind jedoch nicht überzeugend, weil die von der Rechtsprechung angewendeten Entscheidungskriterien keine genaue Abgrenzung ermöglichen.

Werden die Sachverhalte dieser Entscheidungen analysiert, so ergibt sich, daß in diesen Fällen infolge der Veränderung der tatsächlichen Gegebenheiten - z.B. bei Betriebsstillegungen wegen einer Weltwirtschaftskrise, Beschlagnahmen von Betrieben durch Besatzungsmächte - die "Geschäftsgrundlage" weggefallen ist. Im Arbeitsverhältnis ist der "Wegfall der Geschäftsgrundlage" jedoch ein Fall der Kündigung.⁽²⁾ Daraus ergibt sich, daß es sich in diesen Ausnahmefällen um ein Problem der Kündigung, nicht aber um die in § 615 BGB geregelte Frage des "Betriebsrisikos" handelt.

(1) Grundlegend RAG in ARS 3, 116, 123

(2) BGHZ 24, 91, 95 f; LAG Kiel in BB 54, 257 mit Nachweisen; Hueck in DAR 33, 80, 82

Der ArbG ist deshalb darauf angewiesen, in derartigen Fällen das Arbeitsverhältnis zu kündigen, wenn er von der Lohnzahlungspflicht frei werden will. Da er in der Regel die Kündigungsfrist einhalten muß⁽¹⁾, kann er sich zwar nicht mit sofortiger Wirkung von der Verpflichtung zur Lohnzahlung befreien. Dieses Ergebnis entspricht aber der gesetzlichen Regelung, wonach der ArbG für sein Zahlungsunvermögen einzustehen hat, § 279 BGB.

Dagegen kann nicht eingewendet werden, daß es oft gar nicht im Interesse des ArbG und der ArbN stünde, in diesen Fällen das Arbeitsverhältnis durch Kündigung aufzulösen, sondern daß es angebracht sei, den ArbN bei Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses nur den Lohnanspruch zeitweise ganz oder zum Teil zu nehmen.⁽²⁾ Ist der ArbN daran interessiert, das Arbeitsverhältnis trotz finanzieller Einbußen fortzusetzen, so steht nichts im Wege, daß - gegebenenfalls durch Kollektivvereinbarung - eine dieser Situation angepaßte Vereinbarung getroffen wird.⁽³⁾ Es geht aber nicht an, daß der ArbN seinen Lohnanspruch deshalb verlieren soll, damit die Existenz des Betriebes aufrecht erhalten bleibt, ohne daß der ArbN auf der Gegenseite und entsprechend seinem Verzicht auf den Lohn oder einen Teil desselben einen Anspruch gegen

(1) Eine fristlose Kündigung ist bei gewerblichen ArbN deshalb ausgeschlossen, weil die Sachverhalte der Bestandsgefährdung nicht in dem Katalog der Kündigungsgründe in § 123 GewO enthalten sind. In den übrigen Arbeitsverhältnissen ist eine fristlose Kündigung wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten ausgeschlossen, weil der ArbG sein Unvermögen zur Lohnzahlung nach § 279 BGB zu vertreten hat und selbst im Konkurs nur eine Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist möglich ist (Jaeger-Lent, § 22 Anm. 25).

(2) König in RdA 48, 54, 58

(3) vgl. die Vereinbarung einer Werksbeurlaubung in dem vom IAG Frankfurt entschiedenen Rechtsstreit, AP 50, Nr. 257; außerdem Jorns, S. 138.

den ArbG darauf hat, daß ihm dieser nach der Beendigung der Krise in seinem Betrieb zum vollen Lohn weiterbeschäftigt.⁽¹⁾

Auch für extreme Situationen, in denen durch allgemeine, weitreichende Ereignisse eine Vielzahl von Betrieben stillgelegt wird, kann nichts anderes gelten. Es würde eine willkürliche Risikoverteilung darstellen, wenn die ArbN die Folgen eines solchen die Allgemeinheit treffenden Ereignisses tragen sollten. In diesen Fällen ist es Aufgabe des Staates, den ArbG einen Teil ihrer Schäden abzunehmen.⁽²⁾

Der ArbG hat also in den Fällen der sog. "Bestandsgefährdung" die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Eine Ausnahme von der Regelung des § 615 BGB ist also nicht gerechtfertigt. Die in der Rechtsprechung zu diesen Fällen vertretene Auffassung ist sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung unzutreffend.

9. Zusammenfassend ist festzustellen, daß die hier dargelegte Lösung des "Betriebsrisikoproblems" in den meisten Fällen zu den gleichen Ergebnissen wie die "Sphärentheorie" führt und bei Abweichungen keine unbilligen Ergebnisse bringt. Die in Rechtsprechung und Lehre nicht überzeugend begründeten Ergebnisse sind nach der hier dargelegten Auffassung rechtlich zwingend. Die Behauptung der in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen "Betriebsrisikolehre", daß die gesetzliche Regelung zu unbefriedigenden Ergebnissen führe, ist deshalb unzutreffend.⁽³⁾

(1) Jorns, S. 135

(2) vgl. die Aufstellung bei Nikisch, 2.Aufl. Bd. I § 42 III 4 (495) über die in der Krisenzeit nach 1945 ergangenen einschlägigen Verordnungen.

(3) a.A. Mayer-Maly / Nipperdey, Recht und Staat, 304/305

Die Lösung des "Betriebsrisikoproblems" auf Grund des § 615 BGB und der diesem zugrunde liegenden allgemeinen Regelungen zum Annahmeverzug im BGB ist Grundlage für die weitere Untersuchung, ob die kollektiven Mitwirkungsrechte der ArbN in den Betrieben und Unternehmen die Lohnfortzahlungspflicht des ArbG bei Betriebsstörungen beeinflussen.

2. Teil

Der Einfluß der kollektiven Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer in Betrieben und Unternehmen auf die Tragung des "Betriebsrisikos"

Es ist nunmehr auf Grund des gewonnenen Ergebnisses zu prüfen, welchen Einfluß die Mitwirkungsrechte der ArbN auf die Verteilung des "Betriebsrisikos" haben. Dabei werden alle Arten der ArbN-beteiligungen in die Erörterung einbezogen, die den ArbN durch das BetrVerfG, MitbestG und MitbestErgG gewährt werden. Es wird zunächst geprüft, welchen Einfluß die Arten der Mitwirkungsrechte auf das "Betriebsrisikoproblem" haben, die durch den Betriebsrat und den Wirtschaftsausschuß nach §§ 49 - 75 BetrVerfG wahrgenommen werden. Anschließend wird die Frage behandelt, ob die Beteiligung der ArbN im Aufsichtsrat und Vorstand nach den Regelungen der §§ 76, 77 BetrVerfG, des MitbestG und des MitbestErgG das "Betriebsrisikoproblem" beeinflusst. Schließlich wird erörtert, ob eine vertragliche Erweiterung der bestehenden gesetzlichen Mitwirkungsrechte möglich und für die "Betriebsrisikoverteilung" erheblich ist.

I. Die Mitwirkungsrechte der §§ 49 - 75 BetrVerfG

1. Eine Ausnahme von der in § 615 BGB getroffenen Regelung ist nur begründet, wenn der in den "Betriebsrisikofällen" vorliegende Annahmeverzug des ArbG von den ArbN zu vertreten ist. Grundsätzlich ist durch das BGB geregelt, welche Umstände durch den ArbN zu vertreten sind. Die Einführung der Mitwirkungsrechte der ArbN kann jedoch eine Ausnahme von diesen Regelungen des BGB bedingen, weil diese Kollektivrechte bei Inkrafttreten des BGB noch nicht bestanden haben und deshalb auch nicht in den Regelungen des BGB berücksichtigt worden sind.

Dem kann nicht von vornherein entgegengesetzt werden, die Gefahr, den Lohnanspruch zu verlieren, sei ein Risiko der Vertragspartner und deshalb unabhängig von den betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungsrechten.⁽¹⁾ Diese Meinung, die den ArbN insoweit einem Lieferanten oder Kreditgeber gleichstellt, verkennet die seit 1918 eingetretenen Änderungen, durch die sich das Arbeitsverhältnis von einem inhaltlich nur von den Parteien beeinflussbaren Schuldverhältnis abhebt.⁽²⁾ Es ist danach nicht möglich, die Mitwirkungsrechte der ArbN gänzlich unabhängig von den einzelnen Arbeitsverhältnissen und umgekehrt die einzelnen Arbeitsverhältnisse gänzlich unabhängig von den Mitwirkungsrechten der ArbN zu beurteilen. Vielmehr kommt in vielen Regelungen des BetrVerfG zum Ausdruck, daß die Arbeitsverhältnisse der ArbN des Betriebs inhaltlich berührt werden können.⁽³⁾ So kommen z.B. für die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses nach § 1 KSchG sowohl persönliche Verhältnisse des ArbN als auch betriebliche Gegebenheiten in Frage. Wie die §§ 66 Abs.2, 72 ff BetrVerfG und § 1 KSchG zeigen, beeinflussen diese Regelungen die Rechtsstellung des einzelnen ArbN: Die Dauer der Betriebszugehörigkeit des ArbN ist beachtlich und bei geplanten Betriebsänderungen können die daraus für die ArbN entspringenden Nachteile durch die Mitwirkung des Betriebsrates vermieden oder gemildert werden.

Es muß also untersucht werden, ob ein ArbN im Rahmen des "Betriebsrisikos" eine Betriebsstörung zu vertreten hat, die durch eine Handlung des Betriebsrates in Ausübung der in §§ 49 - 75 BetrVerfG geregelten Mitwirkungsrechte herbeigeführt wurde. Die Tätigkeit des Wirtschaftsausschusses wird in den folgenden Erörterungen zunächst nicht besonders erwähnt, weil die Probleme bei ihm gleichartig sind.

(1) Böhm in Ordo, IV, 21, 156 f

(2) Staudinger-Weber, § 242 Anm. C 59

(3) vgl. Siebert in RdA 58, 161, 168

- a) Voraussetzung für ein solches Vertretenmüssen des ArbN ist, daß zwischen der die Betriebsstörung verursachenden Betriebsratshandlung und den von der Betriebsstörung betroffenen ArbN ein Rechtsverhältnis besteht, das einen rechtlichen Zusammenhang zwischen der Handlung des Betriebsrates als Kollektivmaßnahme und den Einzelarbeitsverhältnissen herstellt.

Im Gegensatz zu den Sachverhalten, in denen die ArbN selbst durch ihr kollektives Verhalten die Betriebsstörung verursachen, handelt es sich hier um Handlungen des Betriebsrates, die dieser auf Grund seiner im BetrVerfG festgelegten Befugnisse vornimmt. Dort war der rechtliche Zusammenhang zwischen der Kollektivmaßnahme und der durch sie verursachten Betriebsstörung einerseits und dem Einzelarbeitsverhältnis andererseits darin erkannt worden, daß die ArbN als Gruppe anerkannt und privilegiert sind. Hier ist zu untersuchen, ob und inwieweit aus den Regelungen des BetrVerfG, durch die die Befugnisse des Betriebsrates, aber auch die Grenzen für die Tätigkeit des Betriebsrates festgelegt sind, der Schluß gezogen werden kann, daß der für ein Vertretenmüssen der ArbN bezüglich des Betriebsrisikos notwendige rechtliche Zusammenhang zwischen Betriebsratshandlung und Einzelarbeitsverhältnis gegeben ist.

Da die Mitwirkungsrechte der §§ 49 - 75 BetrVerfG nur im Bereich eines Betriebes oder Unternehmens ausgeübt werden können, kann ihre Ausübung auch nur auf die Einzelarbeitsverhältnisse der ArbN des jeweiligen Betriebes oder Unternehmens Einfluß haben. Betriebsstörungen, die durch eine Störung im Zuliefererbetrieb eintreten, sind deshalb nicht von den ArbN zu vertreten, auch wenn die Störung im Zuliefererbetrieb durch den dortigen Betriebsrat herbeigeführt wurde.

- b) Es bleibt also zu untersuchen, ob die ArbN im Zusammenhang mit der Frage nach der Lohnfortzahlung Betriebsstörungen im eigenen Betrieb zu vertreten haben, die

durch ein Verhalten des Betriebsrates verursacht werden. Es ist hier z.B. an den Sachverhalt zu denken, daß die Stellungnahme des Betriebsrates die Einführung einer für den kontinuierlichen Betriebsablauf eines Mehrschichtbetriebes notwendigen Arbeitszeitregelung verhindert, § 56 Abs.1 a BetrVerfG. Es könnte weiterhin an den Sachverhalt gedacht werden, daß durch die Beteiligung des Betriebsrates an Umgruppierungen und Versetzungen von ArbN (§ 60 BetrVerfG) solche Maßnahmen unterbleiben, die für einen störungsfreien Betriebsablauf erforderlich sind.

Der erforderliche rechtliche Zusammenhang zwischen Einzelarbeitsverhältnis und dem Verhalten des Betriebsrates ist gegeben, wenn die vom Betriebsrat wahrgenommenen Mitwirkungsbefugnisse Rechte der ArbN sind, die ihnen auf Grund der gesetzlichen Regelungen des BetrVerfG in ihrem kollektivrechtlichen Zusammenschluß als Betriebskörperschaft zustehen. Sind nämlich die ArbN Inhaber der Mitwirkungsrechte, so ist notwendigerweise das Arbeitsverhältnis rechtliche Grundlage für das Bestehen der Mitwirkungsrechte und dementsprechend ist das Arbeitsverhältnis auch Rechtsgrund für die Mitwirkungsrechte.⁽¹⁾ Haben aber sowohl der Lohnanspruch des ArbN als auch die Mitwirkungsrechte das Arbeitsverhältnis zum Rechtsgrund, so muß der ArbN im Zusammenhang mit der Frage des Fortbestehens seines Lohnanspruches auch Umstände vertreten, die sich als Folgen der Ausübung der Mitwirkungsrechte ergeben, soweit diese Folgen dem ArbG die Annahme der ArbN-leistung unmöglich machen.

Sind dagegen die im BetrVerfG geregelten Mitwirkungsrechte Rechte, die dem Betriebsrat als selbständigem Rechtsträger zustehen, so fehlt es an einem Rechtsverhältnis, das ein Vertretenmüssen der ArbN für die Handlungen des Betriebsrates begründet. Die Mitwirkungsrechte

(1) Hueck-Nipperdey, Bd.II, § 52 III, 2

bestehen dann zwar auch im Interesse der ArbN, sie stehen aber in keinem rechtlichen Zusammenhang mit ihnen. Unter dieser Voraussetzung wäre deshalb ein Einfluß der Mitwirkungsrechte auf die Lohnfortzahlung bei Betriebsstörungen zu verneinen. ⁽¹⁾

- ba) Es muß daher geprüft werden, wer Inhaber der Mitwirkungsrechte ist, die in §§ 49 - 75 BetrVerfG geregelt sind.

Das Gesetz faßt alle Mitwirkungsrechte im Vierten Teil des BetrVerfG unter dem Titel "Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer" zusammen und regelt die Mitwirkungsrechte nicht unter dem Zweiten oder Dritten Teil, der die Rechtsverhältnisse des Betriebsrates und des Gesamtbetriebsrates zum Gegenstand hat. Bereits aus dieser systematischen Einordnung der Regelungen der Mitwirkungsrechte ist zu folgern, daß die im Betrieb kollektivrechtlich zusammengeschlossenen ArbN Inhaber dieser Rechte sind.

Weiterhin ist anzuführen, daß sowohl die durch den Betriebsrat wahrzunehmenden Rechte als auch die Mitwirkungsrechte des Wirtschaftsausschusses und der ArbN-vertreter im Aufsichtsrat im Vierten Teil des BetrVerfG geregelt werden. Dem entspricht es, wenn die ArbN als Inhaber dieser Mitwirkungsrechte betrachtet werden. Die Gegenmeinung ist genötigt, für die Mitwirkungsrechte verschiedene Rechtsinhaber anzunehmen. Auch dieser Gesichtspunkt spricht dafür, daß die Mitwirkungsrechte den ArbN selbst zustehen.

Diese Schlußfolgerung wird durch folgenden Gedankengang bestätigt: Voraussetzung für die Ausübung der Mitwirkungsrechte ist, daß ein Betriebsrat gebildet worden ist. ⁽²⁾ Die Bildung des Betriebsrates ist vom

⁽¹⁾ so Huber, Bd. II § 97 I 1 a, der eine rechtliche Verpflichtung der ArbN durch Handlungen des Betriebsrates ablehnt, da nach seiner Meinung der Betriebsrat aus eigenem Recht als Repräsentativorgan der Belegschaft handelt. Was allerdings damit gemeint sein soll, wenn es a.a.O. heißt, die Handlungen des Betriebsrates würden der Belegschaft "zugerechnet", ist danach nicht verständlich.

⁽²⁾ Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 8 Anm. 3

Willen der ArbN abhängig. Nur die ArbN können Wahlvorschläge einreichen, § 13 Abs.4 BetrVerfG, nur die ArbN wählen den Betriebsrat, § 6 BetrVerfG. Auch in den Fällen, in denen für die Wahlvorbereitung das Arbeitsgericht eingeschaltet wird, §§ 16, 17 BetrVerfG, wird das Arbeitsgericht nur auf Antrag seitens der ArbN oder der Gewerkschaft tätig. Wenn auch in § 8 BetrVerfG vorgeschrieben wird, daß in Betrieben bestimmter Größe ein Betriebsrat zu bilden ist, so ändert diese Verpflichtung nichts daran, daß ein Handeln der ArbN notwendig ist, um einen Betriebsrat zu bilden. Führen die ArbN keine Betriebsratswahl durch, so besteht kein Betriebsrat.

Auch der einmal gewählte Betriebsrat bleibt in Abhängigkeit von den ArbN. Dies ergibt sich einmal aus der Kürze der Amtsdauer, die den ArbN die Möglichkeit gibt, oft über die Zusammensetzung oder den Fortbestand des Betriebsrates zu befinden, weiterhin aus dem Recht der ArbN, den Betriebsrat auflösen oder einzelne Betriebsratsmitglieder ausschließen zu lassen, § 23 BetrVerfG, und schließlich aus der Regelung in § 22 Abs.1 a BetrVerfG für die Neuwahl des Betriebsrates bei erheblicher Veränderung der Anzahl der ArbN des Betriebes.

Unter Berücksichtigung dieser Regelung sind die Mitwirkungsrechte in die Systematik des BetrVerfG als Rechte der ArbN einzuordnen, die durch den von den ArbN gebildeten und von Ihnen abhängigen Betriebsrat wahrgenommen werden. Wollte man dagegen den Betriebsrat selbst als Inhaber der Mitwirkungsrechte ansehen, so würde dies bedeuten, daß es sich um Befugnisse einer Institution im Betrieb handeln müßte, die losgelöst von den ArbN des Betriebes besteht. Dazu stünde es jedoch im Widerspruch, daß diese Befugnisse dem Betriebsrat zustehen sollen, der in seiner Existenz von dem Willen der ArbN abhängig ist.

Da die Mitwirkungsrechte als Kollektivrechte nicht vom einzelnen ArbN wahrgenommen werden können, ist es notwendig, daß für ihre Ausübung ein nur aus wenigen Personen bestehendes, aktionsfähiges Organ gebildet wird. Wenn im BetrVerfG der Betriebsrat zur Ausübung der Mitwirkungsrechte bestimmt wurde, so ist dies also auf die Notwendigkeit zurückzuführen, ein Organ für die Wahrnehmung der Rechte zu schaffen. Die vom Gesetz gebrauchten Ausdrücke "der Betriebsrat hat mitzubestimmen", "der Betriebsrat hat mitzuwirken", "der Betriebsrat ist zu hören", wie sie z.B. in §§ 56 Abs.1, 60 Abs.1, 66 Abs.1 BetrVerfG vorkommen, sind also als verkürzte Ausdrucksweise in dem Sinne auszulegen, daß der Betriebsrat die den ArbN zustehenden Rechte auf Mitwirkung ausübt. Diese Ausdrücke sind jedenfalls nicht geeignet, die Gegenmeinung⁽¹⁾ zu begründen, daß der Betriebsrat Inhaber der Mitwirkungsrechte sei.

Der Umstand, daß der Betriebsrat in der Ausübung der Mitwirkungsrechte an Aufträge und Weisungen der ArbN nicht gebunden ist⁽²⁾, spricht nicht dagegen, daß die ArbN Inhaber der Mitwirkungsrechte sind. So ist es z.B. nach den Regelungen des BGB möglich, einen Dritten zu bevollmächtigen, die Rechte des Vollmachtgebers wahrzunehmen, ohne ihn von dessen Weisungen abhängig zu machen. Desgleichen ist der Vorstand eines Vereins in seiner Vertretungsmacht regelmäßig unabhängig von den Weisungen der Vereinsmitglieder. Wie diese Beispiele zeigen, kann aus der Weisungsunabhängigkeit nicht auf eine Rechtsinhaberschaft geschlossen werden, d. h. also, die Unabhängigkeit des Betriebsrates von Weisungen der ArbN ist kein Indiz dafür, daß die von ihm wahrzunehmenden Rechte ihm selbst zustehen.

(1) vgl. S. 67 Fußnote 1

(2) Galperin-Siebert, § 44 Anm. 5

Die Unabhängigkeit des Betriebsrates von Weisungen der ArbN bedeutet außerdem nicht, daß die ArbN nicht Einfluß auf seine Tätigkeit nehmen können, § 44 BetrVerfG, und nicht indirekt seine Geschäftsführung bestimmen. Als von den ArbN gewähltes Gremium ist der Betriebsrat generell von den ArbN abhängig. Die ArbN haben auch die Möglichkeit, die Ausübung ihrer Mitwirkungsrechte mittelbar zu bestimmen, was wiederum dafür spricht, daß die ArbN Inhaber der Mitwirkungsrechte sind.

Es ist somit festzustellen, daß die ArbN Inhaber der Mitwirkungsrechte sind und daß die in §§ 49 - 75 BetrVerfG geregelten Befugnisse des Betriebsrates von den Rechten der ArbN abgeleitet sind.⁽¹⁾

Damit ist freilich noch nicht geklärt, wie der Zusammenschluß der ArbN, den diese auf Grund des BetrVerfG bilden, rechtlich einzuordnen ist. Da die Gemeinschaft der ArbN nicht Kraft Gesetzes besteht sondern durch entsprechende Gründungshandlungen der ArbN entsteht, wird sie als ein privatrechtlicher Zusammenschluß zu qualifizieren sein, der als Zusammenfassung der im Betrieb beschäftigten ArbN einen körperschaftsrechtlichen Aufbau aufweist. Neben dieser Auffassung von einer Betriebskörperschaft wird noch vertreten, daß die ArbN im Betrieb einen sozialrechtlichen Verband⁽²⁾, eine juristische Teilperson⁽³⁾, eine Gemeinschaft⁽⁴⁾, eine sozialrechtliche Personengesamtheit⁽⁵⁾, eine betriebsverfassungsrechtliche Rechtsgemeinschaft⁽⁶⁾ oder eine schlichte Rechtsgemeinschaft⁽⁷⁾ bilden. Gleichgültig aber, ob die ArbN-schaft als kollektive Einheit der darin zusammengeschlossenen ArbN oder ob

(1) allgem. Meinung, vgl. Hueck-Nipperdey Bd.II § 52 III 3 (687) und die dort in Anm.26 Zitierten

(2) Galperin-Siebert § 1 Anm. 73

(3) Dietz § 1 Anm. 5 - 13

(4) Schnorr v. Carolfeld, § 11 B III 2 c (414)

(5) Bührig, S. 100, 102

(6) Neumann-Duesberg, S. 207

(7) Hueck-Nipperdey Bd.II § 52 III 2, 3 (687)

die einzelnen ArbN, durch die kollektive Ausübung der Mitwirkungsrechte verbunden, Rechtsinhaber sind, immer sind es die ArbN und nicht der Betriebsrat, denen die Mitwirkungsrechte zustehen. Diese Feststellung reicht für die vorliegende Untersuchung aus, so daß die oben erwähnten Streitfragen nicht weiter verfolgt zu werden brauchen.

Mit der Erkenntnis, daß die ArbN Inhaber der Mitwirkungsrechte sind, die Mitwirkungsrechte also ihren Rechtsgrund im Arbeitsverhältnis haben, ist nachgewiesen, daß zwischen den Handlungen des Betriebsrates, die dieser in Ausübung der Mitwirkungsrechte vornimmt, und den Einzelarbeitsverhältnissen ein rechtlicher Zusammenhang besteht, auf Grund dessen der ArbN Umstände zu vertreten hat, die auf einer Handlung des Betriebsrates beruhen und durch die dem ArbG die Annahme der Arbeitsleistung unmöglich wird.

- bb) Gegen ein Vertretenmüssen von Betriebsstörungen durch die ArbN könnte eingewendet werden, daß diese für die ArbN nachteilige Rechtsfolge insofern in Widerspruch zu den Regelungen des BetrVerfG stehe, als die ArbN hierdurch Rechte erlangen, die nicht durch bisher nicht bestehende Risiken in ihr Gegenteil gekehrt werden dürfen. Es ist zwar richtig, daß die ArbN auf Grund des BetrVerfG Rechte besitzen, die es ihnen möglich machen, in bestimmten Bereichen nachteilige Maßnahmen des ArbG zu verhindern. Jedoch folgt daraus nicht, daß nach dem BetrVerfG nur Rechte für die ArbN, aber keine Pflichten und Lasten entstehen können. Den ArbN werden nämlich durch das BetrVerfG Möglichkeiten und Aufgaben gegeben, die, wie z.B. die Beteiligung im Aufsichtsrat, eine aktive eigenverantwortliche Mitwirkung verlangen. Daraus ergibt sich, daß es der gesetzlichen Regelung nicht zuwiderläuft, wenn die ArbN für Folgen einzustehen haben, die sich aus der Wahrnehmung ihrer Rechte ergeben.

Dieses Ergebnis scheint damit nicht vereinbar zu sein, daß nach allgemeiner Meinung die ArbN für schädigende Handlungen des Betriebsrates nicht schadensersatzpflichtig sind.

Dieser Einwand ist jedoch nicht begründet, weil damit die Frage einer Schadensersatzpflicht mit dem Problem der Lohnfortzahlung in "Betriebsrisikofällen" vermenget wird. Der Verlust des Lohnanspruches bedeutet zwar für den ArbN ebenso einen finanziellen Nachteil, wie ihn eine Schadensersatzleistung gegenüber dem ArbG hervorrufen würde. Diese Gleichheit im wirtschaftlichen Erfolg darf jedoch nicht dazu führen, die rechtlichen Unterschiede beider Problemkreise nicht zu beachten.

Bei der Schadensersatzhaftung handelt es sich darum, ob die ArbN einen beim ArbG eingetretenen Schaden ersetzen müssen, d.h., dem ArbG eine Leistung aus ihrem Vermögen zu erbringen haben. Eine derartige Schadensersatzpflicht bedürfte eines Anspruchsgrunds, der im Verhältnis zwischen ArbN und ArbG bezüglich der Handlungen des Betriebsrates jedoch nicht besteht. Da es eine spezielle gesetzliche Regelung nicht gibt, wäre nur eine Anwendung der Regelungen des BGB in Betracht zu ziehen, die eine Schadensersatzpflicht für Handlungen Dritter zum Gegenstand haben. Entsprechend der Charakterisierung des Zusammenschlusses der ArbN im Betrieb als Betriebskörperschaft und entsprechend der Eigenschaft des Betriebsrates als ihrem gewählten Organ käme eine Anwendung von § 31 BGB in Betracht. Ein Schadensersatzanspruch auf Grund dieser Regelung besteht jedoch deswegen nicht, weil die Betriebskörperschaft, selbst wenn sie als "juristische Teilperson" aufgefaßt wird⁽¹⁾, keine Vermögensfähigkeit besitzt und deshalb auch nicht Verpflichteter einer vermögensrechtlichen Haftung sein kann.⁽²⁾

(1) Dietz § 1 Anm. 5-13

(2) Dietz, vor § 6 Anm. 13 und die dort Zitierten

Die Regelung in § 278 BGB kommt in diesem Zusammenhang schon deshalb nicht in Betracht, weil es an einer Verpflichtung der ArbN gegenüber dem ArbG fehlt, zu deren Erfüllung sich die ArbN des Betriebsrates bedienen.

Eine Anwendung des § 831 BGB ist deswegen ausgeschlossen, weil der Betriebsrat seine Aufgaben selbständig und unabhängig von Weisungen oder Aufträgen der ArbN wahrnimmt, d. h. also, nicht Verrichtungsgehilfe der ArbN ist.⁽¹⁾

Anders liegt es dagegen bei der Frage nach dem Lohnanspruch der ArbN in "Betriebsrisikofällen". Hier handelt es sich darum, ob der Anspruch des ArbN gegen den ArbG auf Zahlung des vereinbarten Lohnes entfällt, weil der ArbN die eine Unmöglichkeit der Annahme seiner Leistung verursachende Maßnahme des Betriebsrates zu vertreten hat. Ausgangspunkt für die zu erörternden Probleme ist also das unabhängig von den Mitwirkungsrechten bestehende Arbeitsverhältnis und aus diesem Grunde können die Argumente, die im Zusammenhang mit der Frage nach der Entstehung eines Schadensersatzanspruches vorgebracht werden, keine Bedeutung haben.

bc) Gegen das bisher gewonnene Ergebnis, daß die ArbN Handlungen des Betriebsrates in der Wahrnehmung ihrer Mitwirkungsrechte zu vertreten haben und, soweit die Betriebsratshandlungen eine Betriebsstörung verursachen, deswegen ihre Lohnansprüche verlieren, wendet Herschel⁽²⁾ folgendes ein:

Das "Betriebsrisikoprobem", d.h. die Frage der Lohnfortzahlung bei Betriebsstörungen, sei ein Teil der Frage, wer das "Unternehmerwagnis" zu tragen habe. Da das "Unternehmerwagnis" unlöslich mit der Kapitalbeteiligung verknüpft sei, die Mitwirkungsrechte der ArbN jedoch

(1) Galperin-Siebert, vor § 21 Anm. 28; Hueck-Nipperdey Bd. II § 52 VI 3 (697)

(2) Herschel, Arbbl.f.d.brit.Z.48, 227

keine vermögensmäßige Beteiligung der ArbN an dem Unternehmen herbeiführen, bleibe das Problem der Lohnfortzahlung bei Betriebsstörungen von den Mitwirkungsrechten der ArbN unberührt.

In dieser Argumentation wird als "Unternehmerwagnis" die mit dem unternehmerischen Kapitaleinsatz verbundene Chance bezeichnet, zu gewinnen oder zu verlieren. Verkürzt wird also der Satz aufgestellt: "Wer den Gewinn hat, der soll auch den Verlust tragen." Es handelt sich hierbei um den gleichen Gesichtspunkt, der von der Rechtsprechung und ihr folgend der herrschenden Meinung in der Literatur zur "Betriebsrisikolehre" als Begründung dafür gebracht wird, daß der ArbG grundsätzlich das "Betriebsrisiko" zu tragen habe. (1)

Wie bereits gezeigt wurde⁽²⁾, werden hiermit außerrechtliche Gesichtspunkte herangezogen, die nicht geeignet sind, eine Lösung des "Betriebsrisikoproblems" rechtlich zu begründen.

Da mit dem Ausdruck "Unternehmerwagnis" alle Verlustgefahren bezeichnet werden, die mit einem unternehmerischen Handeln verbunden sind, wird also auf die wirtschaftlichen Folgen abgestellt, die im Bereich eines Unternehmens auftreten können. Die von der Gegenmeinung⁽³⁾ aufgestellte Regel, die aus der wirtschaftlichen Erfahrung abgeleitet wird, kann also nur wirtschaftlicher Art sein. Eine juristische Konsequenz läßt sich daraus nicht ziehen. Es wird nämlich von der Gegenmeinung übersehen, daß sämtliche Sachverhalte, die Gegenstand der wirtschaftlichen Untersuchung sind, auf einer rechtlichen Regelung beruhen, die rechtliche Regelung also Voraussetzung für die wirtschaftlichen Auswirkungen ist.

(1) vgl. RAG in ARS 3, 129, 130; LAG Frankfurt in RdA 48, 146, 147; BAG 3, 346, 348; Galperin in RdA 49, 8, 9; Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 615 Anm.66; Soergel-Siebert § 615 Anm. 31

(2) s. o. Seite 19, 27 f

(3) vgl. die in Anm. 1 und 2 Zitierten

Dieses Verhältnis von Voraussetzung und Folge würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn man aus dem "Unternehmerwagnis" Folgerungen für die Rechtsfrage der Lohnfortzahlung bei Betriebsstörungen ziehen wollte. Bereits aus dieser Vertauschung von Voraussetzung und Folge ergibt sich, daß die Gegenmeinung nicht begründet ist.

Weiterhin ist zu bemerken, daß bei der Frage nach dem "Unternehmerwagnis" nicht auf die Verschiedenheit der Sachverhalte geachtet wird, die zu diesen wirtschaftlichen Folgen führen. Ebenso wie in dem Ausdruck "Betriebsrisiko" sind auch in dem des "Unternehmerwagnisses" sowohl die Gefahren eigenen Handelns als auch die Gefahren eines zufällig eintretenden Verlustes undifferenziert unter einer Pauschalbezeichnung zusammengefaßt. Die Folge aus der Verwendung einer solchen Pauschalbezeichnung ist, daß in unzulässiger Weise eine Regel, die für den einen Risikobereich zutreffen mag, für den gesamten mit der Pauschalbezeichnung angesprochenen Bereich verallgemeinert wird und ohne weiteres auch auf den anderen Risikobereich angewendet wird.

Für das rechtliche Problem der Lohnfortzahlung bei Betriebsstörungen ist nur erheblich, ob der ArbG nach § 615 BGB die Lohngefahr trägt oder ob sie vom ArbN zu tragen ist, weil er die Betriebsstörung zu vertreten hat. Dabei ist die Gefahrtragung unabhängig davon, ob der ArbG aus der Verwendung der Arbeitsleistungen des ArbN einen Gewinn erzielt oder nicht.⁽¹⁾ Diese Frage wird bei der gesetzlichen Regelung überhaupt nicht gestellt. Der Satz, "wer den Gewinn hat, der soll auch den Verlust tragen", ist also nicht einmal als Beschreibung der wirtschaftlichen Folgen zutreffend, die bei den hier zu erörternden Sachverhalten entstehen.

(1) a.A. Galperin in RdA 49, 8, 9, der bei der rechtlichen Beurteilung nicht von der "verabsolutierten Funktion als ArbG" ausgehen will, sondern berücksichtigt, daß der ArbG gleichzeitig Unternehmer ist. Eine Begründung für diese Verquickung beider Bereiche wird freilich nicht gegeben.

bd) In diesem Zusammenhang ist noch auf folgende Kontroverse im einschlägigen Schrifttum einzugehen:

Die Frage, ob die ArbN ihre Lohnansprüche bei Betriebsstörungen verlieren, die durch Betriebsratsmaßnahmen verursacht werden, soll nach der einen Meinung danach beantwortet werden, ob die ArbN durch die Mitwirkungsrechte an der Leitung des Betriebes oder Unternehmens beteiligt werden, weil eine Teilhabe an der Initiative des Unternehmers eine Teilhabe an der Verantwortung bewirke.⁽¹⁾ Im Gegensatz dazu wird von Herschel behauptet, daß es keinen Rechtssatz gebe, wonach jemand ein Risiko in dem Maße zu tragen habe, in dem ihm ein Einfluß auf die Unternehmensleitung zukommt.⁽²⁾ Dementsprechend könne eine Beteiligung der ArbN an der Leitung des Unternehmens nicht zur Folge haben, daß die ArbN das "Betriebsrisiko" mittragen müßten.

Vergleicht man die zuerst erwähnte Meinung mit den bisherigen Untersuchungen, so ist festzustellen, daß mit dieser These von der Abhängigkeit von Initiative und Verantwortung ein Rechtsgrundsatz behauptet wird, der § 615 BGB und den gefundenen Ausnahmen entspricht:

Tatbestandsvoraussetzung des § 615 BGB ist der Annahmeverzug des ArbG. Der in §§ 293 ff BGB geregelte Annahmeverzug geht davon aus, daß der ArbG nicht zur Annahme der ihm geschuldeten Leistung verpflichtet ist, die Leistungsannahme also in seinem Belieben steht. Die Rechtsfolgen, die an den Tatbestand des Annahmeverzuges geknüpft sind, können also als Folgen bezeichnet werden, die an die freie Beeinflussungsmöglichkeit des ArbG bezüglich der geschuldeten Leistung anschließen. Bei den Betriebsstörungen, bei denen die Lohnzahlungs-

(1) Jorns, S. 122; Koenigs, Betrieb 51, 897, 898; Nikisch SJZ 48, Sp. 14, 18; Kaufmann, RdA 52, 448, 452; Schmitz, S. 114

(2) Herschel, Arbbl.f.d.brit.Z.48, 227

pflicht des ArbG ausnahmsweise entfällt, weil die Betriebsstörungen auf kollektiven Maßnahmen der ArbN beruhen, ist die vom Gesetz zum Ausgangspunkt genommene Stellung des ArbG als frei über die Annahme der Arbeitsleistung bestimmender Gläubiger insofern nicht gegeben, als die Annahme der Arbeitsleistung durch die ArbN beeinflusst wird. Ebenso wird in den Sachverhalten, in denen die Handlungen des Betriebsrates eine Betriebsstörung verursachen, die Freiheit des ArbG, die Arbeitsleistung anzunehmen, beeinträchtigt. Auf Grund der Feststellung, daß der allgemeine Grundsatz von der Abhängigkeit von Initiative und Verantwortung mit der Regelung in § 615 BGB in Einklang steht, ergeben sich also keine neuen Gesichtspunkte für die hier durchgeführte Untersuchung. Die Feststellung einer Übereinstimmung kann zwar als Bestätigung für die gefundene Lösung dienen, die Lösung kann jedoch nicht aus dem genannten allgemeinen Grundsatz abgeleitet werden.

Daß die Begründung einer Lösung nur aus der besonderen, für den zu beurteilenden Sachverhalt geltenden Regelung gewonnen werden kann, mag dadurch verdeutlicht werden, daß bei der Anwendung jenes behaupteten allgemeinen Grundsatzes z.B. die Frage nicht beantwortet werden kann, welche Risiken von den ArbN auf Grund ihrer Mitwirkungsrechte getragen werden müssen.

Da aber die Übereinstimmung der gefundenen Lösung mit dem behaupteten allgemeinen Rechtsgrundsatz von der Verknüpfung von Initiative und Verantwortung immerhin eine gewisse Bestätigung der angestellten Untersuchungen bringt, ist es angebracht, auf die von Herschel vertretene Meinung einzugehen, daß dieser Grundsatz ein "Fremdkörper in unserem Rechts- und Wirtschaftsleben" sei.⁽¹⁾ Zum Beweis dafür, daß die leitende und bestimmende Funktion des Unternehmers zu trennen sei von der Frage, wer die mit einem Unternehmen verbundenen Risiken

(1) Herschel, Arbbl.f.d.brit.Z. 48, 227

zu tragen habe, weist Herschel auf die Teilung zwischen Kapitalträgerschaft und Unternehmensleitung bei der Aktiengesellschaft hin. ⁽¹⁾

Dieser Hinweis ist jedoch nicht zutreffend. Zwar wird die Aktiengesellschaft vom Vorstand geleitet, der u.U. kapitalmäßig überhaupt nicht beteiligt ist, und die Geschäftsverluste, die aus den Handlungen des Vorstandes entstehen, treffen nicht ihn, sondern die Kapitaleigner. Diese Aufgliederung in der Aktiengesellschaft kann aber nicht beweisen, daß Unternehmensleitung und Verlustrisiko voneinander unabhängig sind. Eine direkte Einflußnahme der Aktionäre auf die Geschäftsleitung ist bei ihrer Vielzahl nicht möglich, und hierin ist auch der Grund für die gesetzlich geregelte Gliederung der einzelnen Organe der Aktiengesellschaft, ihre Aufgaben und ihre Befugnisse zu sehen. Durch diese Regelung übt der Aktionär wenigstens einen mittelbaren Einfluß auf die Unternehmensleitung aus. Auf diese Weise wird in der Aktiengesellschaft die Verbindung von Unternehmensleitung und Unternehmerwagnis gesellschaftsrechtlich hergestellt. ⁽²⁾

Auch die Möglichkeit, in der offenen Handelsgesellschaft die Geschäftsführungsbefugnis eines Gesellschafters auf einen Dritten zu übertragen, kann nicht zur Begründung der Gegenmeinung angeführt werden. ⁽³⁾ Zunächst ist festzustellen, daß die gesetzliche Regelung davon ausgeht, daß jeder Gesellschafter in gleicher Weise zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet ist, § 114 HGB. Dementsprechend stellt das Gesetz auch für die Verteilung von Gewinn und Verlust in § 121 Abs. 3 HGB die Regel auf, daß der überschießende Gewinn nach Köpfen verteilt werden soll, worin wieder ein Beweis dafür gesehen werden kann, daß derjenige, der die Entscheidungsbefugnis hat, die Verantwortung, d.h. auch die daraus resultierenden Vermögensnachteile zu tragen

(1) Herschel, Arbbl.f.d.brit.Z. 48, 227

(2) Reinhardt in 39.Deutsch.Juristentag, B, S. 31

(3) Herschel a.a.O.

hat. Wenn nun ausnahmsweise die Geschäftsführungsbefugnis auf einen Dritten übertragen wird, so wird damit die aufgezeigte Regelung nicht verändert. Die entscheidende Unternehmertätigkeit liegt in diesem Falle in der Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis auf den Dritten. Die dem Dritten zustehenden Befugnisse sind aus der Rechtsstellung des übertragenden Gesellschafters abgeleitet und die geschäftsleitende Entscheidungsbefugnis liegt nach wie vor bei dem Gesellschafter selbst.⁽¹⁾ Das wird in der Regelung des § 116 Abs.2 HGB deutlich, wonach von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter für ungewöhnliche Geschäfte die volle Entscheidungsbefugnis behalten. Dem entspricht außerdem das in § 118 HGB geregelte allgemeine Überwachungsrecht.

Aus diesen Beispielen ist der Schluß zu ziehen, daß im Gesellschaftsrecht, welches von Herschel zum Ausgangspunkt seiner Argumentation genommen wird, die Initiative mit der Verantwortung für die aus dieser hervorgegangenen Handlungen verbunden ist und daß die Regelung der einzelnen Organisationsarten sich aus einer Variation dieses Grundsatzes von der Abhängigkeit von Initiative und Verantwortung ergibt.⁽²⁾

Es ist somit festzustellen, daß die von Herschel zur Begründung seiner Meinung gebrauchten Argumente unzutreffend sind und deshalb nicht geeignet sein können, die gefundene Lösung in Zweifel zu ziehen.

- be) Schließlich wird gegen die hier vertretene Meinung, daß die ArbN Handlungen des Betriebsrates zu vertreten haben und dementsprechend das Risiko tragen, ihre Lohnansprüche zu verlieren, vorgebracht, daß eine konsequente Durchführung dieses Gedankens zu unhaltbaren Ergebnissen

(1) vgl. Kauffmann in RdA 52, 448, 452

(2) Reinhardt in Festschrift für Nipperdey, S. 238

führe und sich somit seine Unbegründetheit erweise.⁽¹⁾
Zur Begründung wird ausgeführt, daß die ArbN, wenn sie die Handlungen des Betriebsrates zu vertreten hätten, nicht nur mit ihrem Lohnausfall für die Betriebsstörungen einzustehen hätten, sondern auch alle für den ArbG mit einer Betriebsstörung verbundenen Nachteile tragen müßten. Dies bedeute aber eine Beteiligung am "Unternehmerrisiko", der keine entsprechende Beteiligung am "Unternehmergewinn" gegenüber stehe.

Dieser Einwand ist jedoch nicht begründet. Die Ursache hierfür liegt darin, daß diese Meinung die bereits oben erörterte Auffassung als Ausgangspunkt nimmt, die Beteiligung der ArbN am "Betriebsrisiko" sei begründet, wenn die ArbN an der Leitung des Unternehmens beteiligt werden. Es wurde gezeigt, daß die Anwendung eines derartigen allgemeinen Grundsatzes auf das vorliegende Problem nicht geeignet ist, eine Abgrenzung und Begründung dafür zu geben, ob und inwieweit die ArbN ihre Lohnansprüche bei Betriebsstörungen verlieren, die auf Maßnahmen des Betriebsrates zurückzuführen sind. Der Vorwurf, daß diese Meinung nicht konsequent sei, wenn sie bei Betriebsstörungen lediglich den Fortfall der Lohnansprüche der ArbN behauptet, die ArbN aber nicht an den übrigen Nachteilen einer Betriebsstörung beteiligt, ist insofern berechtigt.

Gegenüber der hier entwickelten Lösung ist jedoch der Einwand verfehlt. Das Problem der Lohnfortzahlung bei Betriebsstörungen ist oben nach der gesetzlichen Regelung in § 615 BGB gelöst worden und hat im Rahmen dieser Erörterung zu der Fragestellung geführt, ob die ArbN die durch eine Handlung des Betriebsrates herbeigeführte Betriebsstörung zu vertreten haben. Wenn dabei festgestellt worden ist, daß die Handlungen des Betriebsrates

(1) Herschel, Arbbl.f.d.brit.Z. 48, 227;
Schmitz, S. 118

und die dadurch verursachten Betriebsstörungen von den ArbN des Betriebes zu vertreten sind, kann diese Feststellung nur in dem genau begrenzten Bereich des § 615 BGB zu Konsequenzen führen, nämlich zu der Schlußfolgerung, daß die ArbN insoweit ihre Lohnansprüche gegen den ArbG verlieren. Für eine Haftung der ArbN bezüglich der beim ArbG infolge einer Betriebsstörung auftretenden Nachteile bedürfte es einer speziellen Anspruchsgrundlage, die jedoch nicht gegeben ist.⁽¹⁾ Ein Vertretenmüssen der Betriebsratshandlungen durch die ArbN kann also begründet sein, unabhängig davon, ob eine Schadensersatzpflicht der ArbN besteht.⁽²⁾ Damit erweist sich bereits die Prämisse der Gegenmeinung als unzutreffend.

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchungen kann festgestellt werden, daß Betriebsstörungen, die durch eine Handlung des Betriebsrates in Ausübung der in §§ 49 - 75 BetrVerfG geregelten Mitwirkungsrechte herbeigeführt werden, zu den Umständen gehören, welche die ArbN bezüglich ihrer Lohnansprüche zu vertreten haben.

2. Nachdem festgestellt worden ist, daß Handlungen des Betriebsrates von den ArbN zu vertreten sind, muß nunmehr untersucht werden, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, um davon sprechen zu können, daß eine Betriebsstörung durch eine Handlung des Betriebsrates bewirkt worden ist; denn nur dann, wenn ein Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Betriebsrates und der eingetretenen Betriebsstörung besteht, ist der für ein Vertretenmüssen der ArbN notwendige rechtliche Zusammenhang zwischen der Ausübung der Mitwirkungsrechte und der Betriebsstörung gegeben.

(1) s. o. Seite 72 f

(2) Neuloh, S. 50

- a) Bei der Erörterung dieser Frage ist zunächst festzustellen, daß der ArbG in allen Fällen die unmittelbare Betriebsleitung hat, unabhängig davon, ob es sich um Maßnahmen handelt, die in den Bereich der Mitwirkung des Betriebsrates fallen oder nicht.⁽¹⁾ Treten also Betriebsstörungen auf, die durch betriebliche Maßnahmen verursacht worden sind, so steht die Betriebsstörung in unmittelbarem Kausalzusammenhang nur mit Handlungen des ArbG. Es kann also zwischen den Handlungen des Betriebsrates und einer Betriebsstörung nur ein Kausalverhältnis dergestalt bestehen, daß der Betriebsrat auf die der entsprechenden ArbG-Handlung zugrunde liegenden Entscheidung Einfluß genommen hat. Entsprechendes gilt für solche Betriebsstörungen, die nicht eingetreten wären, wenn der ArbG eine zweckdienliche Handlung vorgenommen hätte. Zwar kann ein Unterlassen nicht wirklich kausal für ein eingetretenes Ereignis sein. Für die Frage des Vertretenmüssens ist es jedoch erforderlich festzustellen, welche Handlung geeignet gewesen wäre, die eingetretene Betriebsstörung zu verhindern und aus welchem Grunde diese Handlung unterblieben ist. Auch hier kommt nur eine mittelbare Wirkung der Handlungen des Betriebsrates in Betracht, insoweit durch diese Handlungen des Betriebsrates der ArbG beeinflußt worden ist, die zweckdienliche Maßnahme nicht zu ergreifen.

Daraus kann aber nicht der Schluß gezogen werden, daß dem ArbG in den Fällen, die den Mitwirkungsrechten der ArbN unterliegen, immer die Leitungsfunktion zusteht⁽²⁾, es sich also um Entscheidungen des ArbG handelt, für die der ArbG allein die Verantwortung tragen muß.⁽³⁾ Es ist nämlich zu beachten, daß der ArbG in den Fällen, in denen der Betriebsrat die zu treffenden Entscheidungen beeinflußt oder bestimmt, diese Entscheidungen zwar

(1) allgem. Meinung, vgl. Galperin-Siebert, § 52 Anm. 1

(2) Schmitz, S. 53

(3) Dietz, § 52 Anm. 7; Fitting-Kraegeloh, § 52 Anm. 4

ausführt, diese Ausführungsmaßnahmen aber keine Handlungen des ArbG sind, deren Vornahme oder Inhalt seiner alleinigen Bestimmung unterliegen. Ein Vertretenmüssen der ArbN ist also nicht deshalb ausgeschlossen, weil zwischen der Betriebsratshandlung und der Betriebsstörung nur ein mittelbarer und kein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht.

- b) Das für ein Vertretenmüssen durch die ArbN notwendige Kausalverhältnis zwischen Betriebsstörung und Betriebsratshandlung liegt nicht vor, wenn die eine Betriebsstörung verursachende Maßnahme auf der freien Entscheidung des ArbG beruht. Auch wenn der Betriebsrat zu der Entscheidung vorher gehört worden ist und durch seine Stellungnahme die Willensbildung des ArbG beeinflusst hat, sei es, daß die Argumentation des Betriebsrates den ArbG sachlich überzeugt hat, sei es, daß der ArbG aus taktischen Gründen ein Eingehen auf die Meinung des Betriebsrates für angebracht hielt, so hat die Tätigkeit des Betriebsrates doch nur im Motivationsbereich für die Entscheidung des ArbG gewirkt. In welchem Maße die Stellungnahme des Betriebsrates bei der zu treffenden Entscheidung berücksichtigt wird, hängt also allein von der freien EntschlieÙung des ArbG ab. Ist aber der Inhalt der Entscheidung nur dadurch bestimmt, welche Meinung der ArbG vertritt, so fehlt es an einem Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Betriebsrates und der infolge der Entscheidung des ArbG eintretenden Betriebsstörung, der Kausalzusammenhang ist "unterbrochen".⁽¹⁾

Ein Kausalzusammenhang zwischen den Mitwirkungshandlungen des Betriebsrates und den eine Betriebsstörung verursachenden Maßnahmen besteht also nur, wenn dem ArbG durch den Betriebsrat die Möglichkeit genommen wird, sich in einer von ihm gewünschten Weise zu entscheiden und tätig zu werden.

(1) vgl. Larenz in NJW 55, 1009 ff, 1012;
Enneccerus-Lehmann, § 15 III, 3 (70)

Ein solcher Zwang auf den ArbG ist gegeben, wenn der Betriebsrat die Befugnis hat, mit rechtlichen Mitteln eine inhaltliche Änderung einer Entscheidung des ArbG herbeizuführen oder die Ausführung einer von ihm nicht gebilligten Entscheidung des ArbG zu verhindern. Beispielsweise kann eine Betriebsstörung dadurch bedingt sein, daß die zur Produktion notwendigen Vorprodukte nicht vorhanden sind und dies darauf zurückzuführen ist, daß der Betriebsrat der Einrichtung einer vorhergehenden Arbeitsschicht nicht zugestimmt hat. Da der ArbG ohne die Zustimmung des Betriebsrates diese zusätzliche Arbeitsschicht nicht einführen kann, ist ein Kausalzusammenhang zwischen der Betriebsstörung und der Betriebsratshandlung gegeben. In den Fällen, in denen der Betriebsrat derartige Mitwirkungsrechte wahrnimmt, kann also ein Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Betriebsrates und einer Betriebsstörung möglich sein.

Neben diesen Sachverhalten, in denen der Betriebsrat Mitwirkungsrechte ausübt, die eine freie Entscheidung des ArbG nicht zulassen, sind noch die Fälle zu erwähnen, in denen der Betriebsrat die ihm zustehenden gesetzlichen Befugnisse überschreitet und in rechtswidriger Ausnutzung seiner tatsächlichen Machtstellung den ArbG dazu nötigt, eine Entscheidung bestimmten Inhalts zu treffen oder zu unterlassen. Auch bei diesen Fällen ist die freie Entscheidung des ArbG nicht gegeben und deshalb ein Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Betriebsrates und der die Betriebsstörung verursachenden Maßnahme vorhanden.

- c) Nachdem festgestellt ist, daß ein rechtlicher Zusammenhang zwischen Handlungen des Betriebsrates und Betriebsstörungen möglich ist, der Voraussetzung für ein Vertretenmüssen der ArbN ist, muß nunmehr untersucht werden, bei welchen Verhaltensweisen des Betriebsrates die

Ursächlichkeit für eine Betriebsstörung eintreten kann.

Ist eine Betriebsstörung darauf zurückzuführen, daß eine zweckdienliche Maßnahme unterlassen wurde, weil weder der ArbG noch der Betriebsrat die Notwendigkeit dieser Maßnahme erkannt hatten, so ist auch in den Fällen, in denen der Betriebsrat ein über § 54 Abs. 1 lit. a BetrVerfG hinausgehendes, nämlich erzwingbares Initiativrecht hat, keine Kausalität zwischen Betriebsstörung und dem Verhalten des Betriebsrates gegeben; denn durch die Mitwirkungsrechte der ArbN wird die Stellung des ArbG als des für die Betriebsführung grundsätzlich Verantwortlichen nicht aufgehoben und der Betriebsrat hat nur ein Recht, nicht aber auch die Pflicht gegenüber dem ArbG, auf eine Regelung im Betriebsablauf hinzuwirken.

Ist eine Betriebsstörung auf ein Tun zurückzuführen, so muß, da die Mitwirkungsrechte der ArbN nur die Willensbildung und nicht die Ausführung beeinflussen, die Frage nach der Kausalität dahingehend gestellt werden, ob ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Betriebsrates und dem Inhalt der Entscheidung besteht, die dem fehlerhaften Tun zugrunde liegt.

- ca) Hierbei soll zunächst der Sachverhalt der Einigung zwischen ArbG und Betriebsrat betrachtet werden, der im BetrVerfG als der Regelfall angesehen wird. Die für die Kausalität erhebliche Frage ist dabei, ob im Falle einer Einigung die freie Entscheidung des ArbG für das Zustandekommen der Vereinbarung maßgebend ist und dadurch ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Betriebsrates und dem Inhalt der Vereinbarung "unterbrochen" wird. Eine solche freie Entscheidung des ArbG ist nur dann gegeben, wenn es von seinem Belieben abhängt, ob er entsprechend der mit dem Betriebsrat getroffenen Vereinbarung tätig wird oder eine davon abweichende Entscheidung trifft. Ein solcher Sachverhalt ist

z. B. in § 74 BetrVerfG geregelt: Es liegt eine Einigung zwischen dem Betriebsrat und dem Unternehmer vor, der Unternehmer kann jedoch hiervon abweichende Handlungen vornehmen. Ist der ArbG nach den Regelungen des BetrVerfG dagegen gehindert, ohne Zustimmung des Betriebsrates eine Regelung zu treffen, so ist er gezwungen, die Einigung mit dem Betriebsrat herbeizuführen, um wirksam den in Frage stehenden Sachverhalt regeln zu können. Nicht die freie Entscheidung des ArbG, sondern die übereinstimmenden Entscheidungen von Betriebsrat und ArbG sind dann für das wirksame Zustandekommen der Vereinbarung maßgebend. Dies ist z. B. bei den Sachverhalten des § 56 BetrVerfG gegeben, in denen der ArbG außerstande ist, eine rechtswirksame Regelung zu treffen, die von der mit dem Betriebsrat getroffenen Einigung abweicht.

Hiergegen kann eingewendet werden, daß der ArbG nach den Regelungen des BetrVerfG in keinem Fall, in dem die Mitwirkung des Betriebsrates bindend vorgeschrieben ist, gezwungen ist, sich der Meinung des Betriebsrates anzuschließen, um eine wirksame Regelung zu erreichen; denn dem ArbG steht immer die Möglichkeit offen, die Einigungs- bzw. Vermittlungsstelle anzurufen und deren Entscheidung über die streitige Frage herbeizuführen. Diese Möglichkeit ist jedoch für die Frage, ob eine mit dem Betriebsrat erzielte Einigung auf der freien Entscheidung des ArbG beruht, nicht erheblich, da die Entscheidung dieser Schiedsstelle inhaltlich nicht von dem freien Entschluß des ArbG abhängig ist und deshalb dem ArbG auch nicht die Möglichkeit eröffnet, eine Regelung nach seinem Willen herbeizuführen.

Dem ArbG bleibt allerdings die Möglichkeit, bei einer entgegengesetzten Meinung des Betriebsrates von einer geplanten Regelung abzusehen. Die Freiheit des ArbG, eine Einigung mit dem Betriebsrat abzulehnen, ist jedoch

etwas anderes als die Freiheit, eine Regelung zu treffen und ihren Inhalt nach eigenem Belieben zu bestimmen. Da es darauf ankommt, ob eine zwischen dem ArbG und dem Betriebsrat getroffene Vereinbarung in ihrem Inhalt auf dem freien Willen des ArbG beruht, ist nur die Freiheit des ArbG, eine Regelung inhaltlich zu bestimmen, maßgeblich. Diese Möglichkeit steht dem ArbG bei der zwingenden Mitwirkung des Betriebsrates jedoch nicht zu, so daß der Ursachenzusammenhang zwischen dem Verhalten des Betriebsrates und der in der Vereinbarung getroffenen Entscheidung nicht "unterbrochen" wird.

Die abweichende Meinung, nach der die ArbN nur dann verantwortlich sein sollen, wenn durch den Widerspruch des Betriebsrates Maßnahmen des ArbG unterblieben sind und durch die Nichtausführung der verhinderten Maßnahme eine Betriebsstörung verursacht wurde⁽¹⁾, ist zu eng. Sie verkennet, daß sich die kollektiven Mitwirkungsrechte nicht darin erschöpfen, vom ArbG vorgeschlagene Regelungen abzulehnen, sondern der Betriebsrat eigene Regelungsvorschläge machen kann und der ArbG im Zusammenwirken mit dem Betriebsrat eine einvernehmliche Lösung finden soll. Die Ausübung der kollektiven Mitwirkungsrechte wird deshalb auch in den zwischen ArbG und Betriebsrat erzielten Vereinbarungen wirksam und erheblich für das Vertretenmüssen einer daraus resultierenden Betriebsstörung.

Die bisherigen Untersuchungen haben ergeben, daß Kausalität zwischen der Stellungnahme des Betriebsrates und dem Inhalt der mit dem ArbG getroffenen Vereinbarung gegeben ist, wenn es sich um Sachverhalte handelt, die der zwingenden Mitwirkung des Betriebsrates unterliegen. Es bleibt zu erörtern, ob die Stellungnahme

(1) Hueck-Nipperdey, Bd. II, § 68 V (812);
Nikisch, Bd. I, § 25 Anm. 20 (257);
Dietz in Anmerkung zu LAG Bremen in RdA 51, 395

des Betriebsrates die einzige rechtlich erhebliche Ursache für den Inhalt der Vereinbarung ist, da ohne diese eine rechtswirksame Regelung nicht möglich ist.

Eine derartige Konsequenz wird in anderen rechtlichen Regelungen über mitwirkungsbedürftige Rechtshandlungen nicht gezogen, vgl. §§ 107, 1365, 1821 ff BGB, § 116 HGB, und ist auch hier nicht gerechtfertigt. In diesem Zusammenhang ist es nämlich erheblich, daß der ArbG die Möglichkeit hat, von der vorgesehenen Regelung überhaupt abzusehen. Dies zeigt, daß die Vereinbarung auch vom Willen des ArbG abhängt, seine Stellungnahme also nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß die Existenz der Vereinbarung entfielen, d.h., daß die Stellungnahme des ArbG kausal für das Zustandekommen der Vereinbarung mit dem Betriebsrat ist.

Da zur Wirksamkeit der Regelung die Übereinstimmung von ArbG und Betriebsrat erforderlich ist, jeder also in gleichem Maße vom anderen abhängig und durch den anderen eingeschränkt ist, wenn eine Regelung getroffen werden soll, liegt eine Mitursächlichkeit von ArbG und Betriebsrat bezüglich der getroffenen Vereinbarung vor.

Da also die Stellungnahme des Betriebsrates nur Mitursache für die Vereinbarung ist, folglich auch nur Mitursache für eine dadurch bedingte Betriebsstörung sein kann, ist für die Frage des Vertretenmüssens der Betriebsstörung durch die ArbN eine entsprechende Differenzierung nötig. Maßgebend ist hierfür die in § 254 BGB enthaltene Regelung, die über den Wortlaut des Gesetzes hinaus nicht nur bei Schadensersatzansprüchen anzuwenden ist, sondern auch in anderen nicht ausdrücklich geregelten Fällen, in denen die Mitwirkung mehrerer Beteiligten an einem Ereignis die Frage aufwirft, in welcher Weise die Folgen daraus von den Beteiligten zu tragen sind.⁽¹⁾ In § 254 BGB wird

(1) vgl. RGZ 71, 187, 191

auf das Ausmaß der Verursachung abgestellt, so daß bei den hier erörterten Sachverhalten, in denen Mitursächlichkeit von ArbG und ArbN gegeben ist, der Umfang dessen, was die ArbN zu vertreten haben, auf die Hälfte reduziert wird. Die Lohngefahr wird also bei Betriebsstörungen, die durch eine Vereinbarung zwischen ArbG und Betriebsrat über eine der zwingenden Mitwirkung des Betriebsrates unterliegenden Regelung hervorgerufen werden, nur zur Hälfte von den ArbN getragen.

Aus der Erkenntnis, daß im Falle einer Vereinbarung zwischen ArbG und Betriebsrat beide Partner in gleichem Maße voneinander abhängig und jeweils in der Durchsetzbarkeit der eigenen Auffassung eingeschränkt sind, ergibt sich weiterhin, daß es nicht erheblich ist, von wem die Initiative zu einer Vereinbarung ausgegangen ist oder wer den Vorschlag gemacht hat, der dann Inhalt der Vereinbarung geworden ist.

- cb) Weiterhin ist der Sachverhalt zu untersuchen, in dem eine Betriebsstörung deswegen eintritt, weil eine vom ArbG geplante Maßnahme, durch welche die Betriebsstörung vermieden worden wäre, infolge der fehlenden Zustimmung des Betriebsrates unterbleiben mußte. Z.B. kann es für die kontinuierliche Beschäftigung einer Betriebsabteilung notwendig sein, daß eine andere Betriebsabteilung in Mehrarbeit Vorfabrikate fertigt. Verweigert der Betriebsrat die Zustimmung zu der vom Arbeitgeber gewünschten Mehrarbeit und fehlen deswegen die benötigten Vorfabrikate, so ist die dadurch eintretende Betriebsstörung durch das Verhalten des Betriebsrates verursacht worden.

Es ist hierbei sowohl an die Fälle zu denken, in denen der Betriebsrat Vorschläge des ArbG für eine Regelung ausdrücklich ablehnt, als auch daran, daß der Betriebsrat auf die ihm vom ArbG mitgeteilten Vorschläge überhaupt nicht reagiert. In beiden Sachverhalten fehlt die zur Wirksamkeit erforderliche Zustimmung des Betriebs-

rates und der ArbG ist deshalb gezwungen, von der Durchführung der geplanten Maßnahme abzusehen.

Die für diese unfreiwillige Unterlassung maßgebende Ursache liegt also in dem Verhalten des Betriebsrates, und es besteht also auch ein Kausalzusammenhang zwischen der Betriebsstörung und dem Verhalten des Betriebsrates. Solche Betriebsstörungen sind deshalb von den ArbN zu vertreten.

In diesem Zusammenhang ist noch die Frage zu beantworten, ob in derartigen Fällen eine Mitursächlichkeit des ArbG insofern vorliegt, als er es unterlassen hat, die Durchsetzung der geplanten Maßnahme durch die Einschaltung der Einigungs- bzw. Vermittlungsstelle zu versuchen. Da die Schiedsstelle nach eigenem freiem Ermessen entscheidet und der ArbG durch ihre Einschaltung nur eine Chance gewinnt, nicht aber ein Mittel besitzt, mit seiner Meinung durchzudringen, fehlt es schon deswegen an einem Kausalzusammenhang zwischen der unterlassenen Anrufung der Schiedsstelle und der Nichtdurchführung der geplanten Maßnahme. Ein solcher Kausalzusammenhang wäre im übrigen nicht beachtlich, weil der ArbG nicht verpflichtet ist, die Einigungsstelle anzurufen. Beide Partner haben zwar ernsthaft eine Einigung anzustreben, § 49 Abs. 3 BetrVerfG, müssen aber nicht die "Einigung" in Form eines Spruches der Einigungsstelle herbeiführen. Ob die Einigungsstelle tätig wird, hängt allein davon ab, daß ein Partner es beantragt, §§ 50 Abs.3, 72 Abs.2 BetrVerfG.

- cc) Es ist schließlich noch der Sachverhalt zu erörtern, in dem eine Betriebsstörung darauf zurückzuführen ist, daß auf Grund einer Entscheidung der Einigungs- bzw. Vermittlungsstelle eine Maßnahme durchgeführt oder unterlassen wird.

Zu untersuchen sind nur die Fälle, in denen die vermittelnde Stelle auf Grund der gesetzlichen Regelung eine verbindliche Entscheidung trifft. Auch hier kann als Beispiel der oben erwähnte Fall dienen, daß für die kontinuierliche Fortführung des Betriebes die Einrichtung einer vorhergehenden Arbeitsschicht notwendig ist. Entscheidet die Einigungsstelle, nachdem eine Einigung zwischen ArbG und Betriebsrat nicht zustande gekommen ist, daß die vorhergehende Arbeitsschicht nicht durchgeführt werden soll, so ist die nunmehr eintretende Betriebsstörung durch die Entscheidung der Einigungsstelle verursacht worden.

Außer Betracht zu bleiben haben jedoch die Fälle, in denen die vermittelnde Stelle angerufen wird und auch einen Lösungsvorschlag unterbreitet, die Verbindlichkeit des Vorschlages aber von der Anerkennung durch ArbG und Betriebsrat abhängt. Dem Spruch der Schiedsstelle kommt also keine selbständige Wirkung zu. Vielmehr handelt es sich um eine freiwillige Vereinbarung zwischen ArbG und Betriebsrat. Dies gilt auch dann, wenn sich die Partner gemäß § 50 Abs.3 Satz 2 BetrVerfG der Entscheidung der Einigungsstelle im voraus unterworfen haben; denn seine rechtliche Verbindlichkeit erhält der Spruch der Einigungsstelle auch hier nur durch die übereinstimmenden Erklärungen der Partner, wobei lediglich der Inhalt fremdbestimmt ist.

Die Ursache für diese Betriebsstörungen kann nicht bei dem liegen, der die vermittelnde Stelle angerufen hat. Es könnte dann nämlich der Fall eintreten, daß denjenigen die Verantwortung für eine fehlerhafte Entscheidung der dritten Stelle träfe, der sich zur Durchsetzung seiner Ansicht, bei deren Verwirklichung die Betriebsstörung vermieden worden wäre, gegenüber dem anderen Partner gezwungen sah, die Entscheidung dieser Stelle zu beantragen. Es wäre damit auch nur die Ursache für die verfahrensmäßige Entstehung der Entscheidung geklärt. Da es jedoch auf den Inhalt der Entscheidung

ankommt, durch den die eine Betriebsstörung hervor-
rufende Maßnahme bestimmt wird, muß nach dem Kausal-
zusammenhang zwischen dem Inhalt der Entscheidung
der Einigungs- bzw. Vermittlungsstelle und dem Ver-
halten des Betriebsrates gefragt werden.

Da die zwischen ArbG und Betriebsrat vermittelnde
Stelle in ihrer Entscheidung selbständig und unab-
hängig von den Vorschlägen der Partner ist⁽¹⁾, hat
keiner der Beteiligten die Möglichkeit, den Inhalt
der Entscheidung durch seine Anträge zu bestimmen.
Dieser Umstand führt zu der Schlußfolgerung, daß
durch die freie Entscheidung der Einigungs- bzw.
Vermittlungsstelle der Kausalzusammenhang zwischen
dem Inhalt dieser Entscheidung und dem Verhalten
sowohl des ArbG als auch des Betriebsrates "unter-
brochen" wird.

Daraus darf allerdings nicht ohne weiteres der Schluß
gezogen werden, daß wegen fehlender Kausalität zwischen
dem Verhalten des Betriebsrates und dem Inhalt der
Entscheidung der vermittelnden Stelle ein Vertreten-
müssen der ArbN für daraus entstehende Betriebsstö-
rungen ausgeschlossen ist.⁽²⁾ Es muß nämlich beachtet
werden, daß die vermittelnde Stelle eine unbedingte
Notwendigkeit für die Regelung einer paritätischen Mit-
wirkung ist, da nur auf diese Weise gewährleistet wird,
daß in allen Fällen eine Entscheidung gefällt werden
kann und die Betriebsleitung nicht durch entgegengesetzte
Meinungen von ArbG und Betriebsrat außerstande gesetzt
wird, zur Führung des Betriebes notwendige Maßnahmen
durchzuführen. Die Entscheidung der Einigungsstelle,
die nur dann tätig wird, wenn sich ArbG und Betriebsrat
nicht geeinigt haben, ersetzt also nur die Einigung,

-
- (1) Für die Vermittlungsstelle sagt es § 73 Abs.2
BetrVerfG ausdrücklich. Für die Einigungsstelle
ist es allgem. Meinung, vgl. Neumann-Duesberg, S.464
(2) so etwa Galperin-Siebert, vor § 21 Anm. 32a, für
das insofern gleichliegende Problem der Betriebs-
ratshaftung

die grundsätzlich zwischen den Partnern erzielt werden soll, § 50 Abs.4 Satz 1 BetrVerfG. Es ist deshalb gerechtfertigt, den Spruch der Einigungs- bzw. Vermittlungsstelle einer Einigung gleichzusetzen, die ArbG und Betriebsrat untereinander ausgehandelt haben. Für die Frage des Vertretenmüssens einer Betriebsstörung, die durch einen Spruch der vermittelnden Stelle verursacht wird, ist dementsprechend auch auf das Ergebnis zu verweisen, zu dem die obigen Untersuchungen über die Rechtsfolgen bei einer Einigung zwischen ArbG und Betriebsrat geführt haben. Auch hier ist also die Betriebsstörung nicht allein von den ArbN zu vertreten, sondern entsprechend der Regelung des § 254 BGB zur Hälfte vom ArbG. Die Lohngefahr wird somit auch in diesen Fällen nur zur Hälfte von den ArbN getragen.

3. a) Nachdem festgestellt worden ist, unter welchen Voraussetzungen die Ausübung von Mitwirkungsrechten einen Einfluß auf die Lohnfortzahlungspflicht des ArbG hat, lassen sich einige Arten der Mitwirkungsrechte von vornherein ausscheiden, bei denen eine für das Vertretenmüssen der ArbN erhebliche Beeinflussung der ArbG-Entscheidung nicht möglich ist.

aa) Da zwischen der Betriebsstörung und der Ausübung der Mitwirkungsrechte ein Kausalzusammenhang bestehen muß, damit die Lohngefahr nicht nach § 615 BGB vom ArbG zu tragen ist, kann für die Lohngefahr nur die Ausübung von Mitwirkungsrechten in Fragen des Betriebsablaufs erheblich sein, weil nur hierdurch ein Einfluß auf betriebstechnische Störungen bestehen kann. Mitwirkungsrechte, die sich auf Sachgebiete beziehen, die den Arbeitsablauf nicht betreffen, sind deshalb nicht zu erörtern.

So können die Befugnisse des Betriebsrates, die sich

lediglich mit der Art und Weise der Entlohnung der ArbN befassen, - Zeit und Ort der Auszahlung der Arbeitsentgelte (§ 56 Abs.1 lit. b BetrVerfG), Regelung von Akkord- und Stücklohnsätzen (§ 56 Abs.1 lit.g BetrVerfG) und Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und Einführung von neuen Entlohnungsmethoden (§ 56 Abs.1 lit. h BetrVerfG) - außer Betracht bleiben.

Die Verwaltung von Wohlfahrtseinrichtungen (§ 56 Abs.1 lit. e BetrVerfG), die Durchführung der Berufsausbildung (§ 56 Abs.1 lit. d BetrVerfG) und die Aufstellung des Urlaubsplanes (§ 56 Abs.1 lit. c BetrVerfG) können ebenfalls in keinem ursächlichen Zusammenhang mit einer Betriebsstörung stehen.

Auch die Frage der Ordnung des Betriebes (§ 56 Abs.1 lit. f BetrVerfG) bezieht sich nur auf die Aufstellung von allgemeinen Verhaltensregeln, die für das Zusammenarbeiten einer Vielzahl von ArbN notwendig sind, um einen möglichst reibungslosen Ablauf des Betriebes zu gewährleisten, läßt jedoch die arbeitstechnisch-organisatorische Leitung des Betriebes unberührt.⁽¹⁾ Der Arbeitsablauf im Betrieb kann hierdurch also nicht gestört werden.

Auf Grund derselben Erwägungen braucht auch die Mitwirkungsbefugnis in personellen Angelegenheiten nach §§ 60-65, 66 Abs.1 BetrVerfG nicht näher untersucht zu werden; denn bei allen dort geregelten Sachverhalten handelt es sich um den Bestand von einzelnen Arbeitsverhältnissen, so daß ein Ursachenzusammenhang zwischen der Ausübung dieser Mitwirkungsrechte und Betriebsstörungen nicht bestehen kann.

- ab) Der Sache nach kann bei der Mitwirkung in personellen Angelegenheiten deshalb nur die Regelung in § 66 Abs.2 BetrVerfG in Betracht kommen. Es ist dabei an den Fall

(1) BAG in AP zu § 56 BetrVerfG, Ordnung des Betriebes, Nr. 1; Dietz, § 56 Anm. 33/33 c

einer Masseneinstellung zu denken, die der ArbG für betriebsnotwendig hält, die aber durch den Betriebsrat abgelehnt wird. Unterläßt es daraufhin der ArbG, die geplanten Einstellungen vorzunehmen, so kann infolge der fehlenden Arbeitskräfte im Produktionsprozeß des Betriebes eine Verzögerung eintreten, die andere, davon abhängige Betriebsabteilungen an der Fortsetzung ihrer Arbeit hindert.

Es fehlt jedoch an der weiteren Voraussetzung, die nach den obigen Ausführungen für einen Verlust des Lohnanspruches der ArbN nötig ist: Die Entscheidungsfreiheit des ArbG wird durch diese Befugnis des Betriebsrates rechtlich nicht eingeschränkt. Nach § 66 Abs. 2 BetrVerfG hat der ArbG unter den in lit. a - c aufgeführten Voraussetzungen den Betriebsrat lediglich über die geplanten Maßnahmen zu informieren und mit ihm darüber zu beraten. Der Betriebsrat ist also darauf beschränkt, dem ArbG die eigenen Ansichten über die vorliegenden Pläne zu erklären und ihn zu überzeugen zu versuchen. Eine Möglichkeit, die Entscheidung des ArbG rechtlich zu hemmen oder inhaltlich zu ändern, hat der Betriebsrat jedoch nicht. Aus dieser unbeschränkten Entscheidungsfreiheit des ArbG folgt, daß auch die "Betriebsrisikoregelung" nach § 615 BGB unberührt bleibt.

Unter dem zuletzt erwähnten Gesichtspunkt können auch die Befugnisse des Wirtschaftsausschusses, §§ 67 - 71 BetrVerfG, aus der Erörterung ausgeschieden werden; denn gemäß § 67 Abs. 2 BetrVerfG hat der Wirtschaftsausschuß nur einen Anspruch auf Unterrichtung, verbunden mit einem Recht auf Beratung⁽¹⁾, dem jede Form einer rechtlich erzwingbaren inhaltlichen Beeinflussung der Entscheidung des Unternehmers fehlt. Die Ausübung dieser Befugnis kann deshalb eine Ausnahme von § 615 BGB nicht begründen.

(1) Galperin-Siebert, § 67 Anm. 32; Dietz, § 67 Anm. 1

Ebensowenig sind die in den allgemeinen Vorschriften der §§ 49 - 55 BetrVerfG enthaltenen Mitwirkungsrechte des Betriebsrates geeignet, eine Änderung in der "Betriebsrisikoverteilung" herbeizuführen. Zwar ist der ArbG verpflichtet, mit dem Betriebsrat vertrauensvoll zusammenzuarbeiten, und er hat sich zu bemühen, eine Einigung über strittige Fragen herbeizuführen, § 49 Abs. 1 und 3 BetrVerfG. Diese Pflicht wirkt sich aber nicht in der Weise aus, daß der Betriebsrat eine rechtliche Handhabe erhält, mit deren Hilfe er eine Entscheidung des ArbG wirksam inhaltlich beeinflussen kann. Daran ändert auch die in § 50 BetrVerfG geregelte Einigungsstelle nichts; denn diese kann, abgesehen von den Fällen, in denen sie nach den Regelungen des BetrVerfG verbindlich entscheidet, zu denen aber § 49 BetrVerfG nicht gehört, nur dann tätig werden, wenn es sowohl vom ArbG als auch vom Betriebsrat beantragt wird, § 50 Abs. 3 BetrVerfG. Darüber hinaus ist der Spruch der Einigungsstelle nur dann verbindlich, wenn sich beide Seiten mit der Entscheidung einverstanden erklären. Der ArbG hat es also in der Hand, ob er das Verfahren vor der Einigungsstelle zustande kommen lassen will und ob er den Spruch der Einigungsstelle als für sich verbindlich anerkennen will. Wenn der ArbG die Entscheidung der Einigungsstelle anruft und sich ihr unterwirft, so ist der Inhalt dieser Entscheidung zwar nicht nur von ihm bestimmt. Diese Beschränkung in der Entscheidungsfreiheit geht jedoch vom ArbG selbst aus und ist ausschließlich von seinem Willen abhängig. Die Einigungsstelle ist deshalb in diesen Fällen keine Einrichtung, mit deren Hilfe der Betriebsrat den ArbG in seiner Entscheidungsfreiheit rechtlich beschränken kann.

- b) Einer besonderen Untersuchung bedarf die Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Festlegung von Beginn und Ende

der täglichen Arbeitszeit und der Pausen, § 56 Abs. 1 lit. a BetrVerfG.

Die Sachverhalte, die unter diese Regelung fallen, stehen meist außerhalb des Bereiches, in dem Betriebsstörungen ihre Ursache haben. So ist z.B. die Festlegung des Beginns der Arbeitszeit oder der Pausen auf eine bestimmte Tageszeit in keinem möglichen Kausalzusammenhang zu Betriebsstörungen zu denken.

Zu der Mitwirkung des Betriebsrates gemäß § 56 Abs. 1 lit. a BetrVerfG gehört aber auch die Festlegung des Zeitplanes in Mehrschichtbetrieben, und zwar sowohl die Einführung als auch die Einteilung der Schichtarbeit. Da in arbeitsteiligen Betrieben eine kontinuierliche Produktion nur möglich ist, wenn bestimmte Fertigungsabteilungen die Voraussetzungen für die Beschäftigung der übrigen Belegschaft geschaffen haben, und hierzu oft die Durchführung einer besonderen Schicht oder zumindest eine bestimmte zeitliche Reihenfolge der Arbeitsvorgänge erforderlich ist, wird deutlich, daß die Einführung oder Festlegung der Schichtzeit für die Beschäftigung einzelner Betriebsabteilungen von Bedeutung werden kann.

Außer bei solchen generellen Dauerregelungen hat der Betriebsrat auch bei generellen Regelungen für Sonderfälle mitzubestimmen⁽¹⁾, wie etwa bei der Frage, ob für einen Teil der Belegschaft an einem bestimmten Tage aus einem besonderen Anlaß die Arbeit auf einen anderen Tag verlegt werden soll. Wird in einem solchen Fall vereinbart, daß z.B. wegen der Rosenmontagsfestlichkeiten die Arbeit in einem Betriebsteil ausfallen soll⁽²⁾, so ist damit möglicherweise die technische Voraussetzung für die Weiterarbeit in einem anderen Betriebsteil

(1) Galperin-Siebert, vor § 56 Anm. 6

(2) vgl. den Sachverhalt in BAG in AP Nr. 14 zu § 56 BetrVerfG

entfallen und die dort tätigen ArbN können, obwohl sie arbeiten wollen, ihre Arbeit nicht verrichten. Ein weiteres Beispiel einer möglichen Verursachung einer Betriebsstörung durch die Bestimmung der Arbeitszeit ist die Festlegung von Mehrarbeit, um in den zusätzlichen Stunden Vorfabrikate für die Arbeit anderer Betriebsabteilungen in ausreichendem Maße herzustellen. Wird eine solche Mehrarbeit vereitelt, so kann hierdurch ebenfalls ein Arbeitsstillstand in einer anderen Betriebsabteilung verursacht werden⁽¹⁾.

Ist somit dargelegt, daß die Mitwirkung des Betriebsrates nach § 56 Abs. 1 lit. a BetrVerfG ursächlich für Betriebsstörungen sein kann, so ist weiter zu untersuchen, ob dieses Mitwirkungsrecht die Entscheidungsfreiheit des ArbG in der Weise einschränkt, daß die Stellungnahme des Betriebsrates kausal für die Maßnahme ist, die zu der Betriebsstörung führt.

Nach § 56 BetrVerfG hat der Betriebsrat in den dort genannten Angelegenheiten zwingend mitzubestimmen. Das bedeutet zunächst, daß ihn der ArbG in diesen Fällen einschalten muß und zu versuchen hat, eine Einigung mit ihm herbeizuführen. Kommt eine Einigung nicht zustande, so entscheidet die Einigungsstelle verbindlich, § 56 Abs. 2 BetrVerfG, ohne daß es einer Unterwerfung des ArbG unter den Spruch der Einigungsstelle bedarf. Wird die Einigungsstelle weder vom ArbG noch vom Betriebsrat angerufen, so ist ohne die Zustimmung des Betriebsrats eine wirksame Regelung der anstehenden Frage nicht möglich.⁽²⁾

In diesen Fällen kann der ArbG also nicht nach seinem Belieben entscheiden, sondern er ist gezwungen, eine Einigung mit dem Betriebsrat oder die Entscheidung der

(1) vgl. den Sachverhalt in BAG in AP Nr. 6 zu § 56 BetrVG

(2) BAG in AP Nr.2 u.4 zu § 56 BetrVerfG, zuletzt bestätigt in AP Nr.22 zu § 56 BetrVerfG; Fitting-Kraegeloh, § 56 Anm.3; Galperin-Siebert, vor § 56 Anm.54

Einigungsstelle herbeizuführen, wenn eine rechtswirksame Regelung des betreffenden Sachverhalts herbeigeführt werden soll. Deshalb ist auch in diesen Fällen ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Betriebsrates und der eine Betriebsstörung verursachenden Entscheidung zu bejahen.

Daraus und auf Grund der obigen Erörterungen unter 2 c) ergibt sich folgende Konsequenz:

Hat die Festlegung der Arbeitszeit zu einer Betriebsstörung geführt, so verlieren die ArbN für die Dauer der Betriebsstörung ihre Lohnansprüche zur Hälfte, wenn diese Arbeitszeitfestlegung auf einer Einigung zwischen ArbG und Betriebsrat oder auf einer Entscheidung der Einigungsstelle beruht.

Ist eine Betriebsstörung darauf zurückzuführen, daß eine vom ArbG geplante Arbeitszeitfestlegung wegen der fehlenden Zustimmung des Betriebsrates unterblieben ist, so verlieren die ArbN ihre Lohnansprüche in vollem Umfang.

- c) Von den durch den Betriebsrat wahrzunehmenden Mitwirkungsrechten sind schließlich noch die in den §§ 72 - 75 BetrVerfG geregelten Befugnisse zu untersuchen.

Vom Sachzusammenhang her ist ein Kausalverhältnis zwischen der Mitwirkung in den in § 72 Abs. 1 lit. a - e BetrVerfG aufgezählten Tatbeständen und einer Betriebsstörung möglich. Ist es z. B. auf die Stellungnahme des Betriebsrates zurückzuführen, daß eine Betriebs Einschränkung unterbleibt, die der Unternehmer wegen drohender Rohstoffverknappung vorgesehen hatte, und tritt dann später der befürchtete Rohstoffmangel ein, so fehlt es u.U. an einer sachlichen Voraussetzung für die volle Beschäftigung des Betriebes. In diesem Falle kann das Verhalten des Betriebsrates kausal für

die eingetretene Betriebsstörung sein. Ähnliche Sachverhalte sind auch bei der Mitwirkung in den übrigen in § 72 BetrVerfG genannten Fällen möglich, so daß diese Art von Mitwirkungsrechten Betriebsstörungen verursachen kann.

Es muß daher erörtert werden, ob die Mitwirkung des Betriebsrates in diesen Angelegenheiten in die Entscheidungsfreiheit des ArbG als Unternehmer in der Weise eingreift, daß die Stellungnahme des Betriebsrates Ursache oder Mitursache für den Inhalt der Entscheidung ist und eine Ausnahme von der Regelung des § 615 BGB begründet ist.

Hierbei ist zu beachten, daß der Betriebsrat einen Anspruch darauf hat, in allen im Gesetz aufgezählten Tatbeständen rechtzeitig informiert zu werden, um so die Interessen der ArbN gegenüber dem ArbG wahrnehmen zu können. Der Betriebsrat darf also bei solchen Entscheidungen nicht übergangen werden ⁽¹⁾, und er kann sein Recht notfalls durch das Arbeitsgericht gemäß § 82 Abs.1 lit. i BetrVerfG feststellen lassen. Falls es nicht zu einer Einigung mit dem ArbG kommt, hat der Betriebsrat das Recht, eine behördliche Stelle um Vermittlung anzurufen. Falls die Vermittlung ergebnislos bleibt, kann die Entscheidung der Vermittlungsstelle herbeigeführt werden (§ 72 Abs.2, § 73 BetrVerfG). Freilich führt das nicht wie in § 56 BetrVerfG dazu, daß der ArbG keine von der Einigung abweichenden Anordnungen rechtswirksam treffen kann; denn wie sich aus § 74 BetrVerfG ergibt, ist es dem ArbG möglich, von der Einigung abweichende Handlungen vorzunehmen. Die Stellungnahme des Betriebsrates in diesen Sachverhalten ist deshalb jedoch nicht ohne rechtliche Wirkung. Der ArbG ist nämlich grundsätzlich verpflichtet, sich entsprechend der mit dem Betriebsrat getroffenen Einigung

(1) Galperin-Siebert, vor § 72 Anm.8, § 72 Anm.31

zu verhalten.⁽¹⁾ Da die Mißachtung dieser Verpflichtung mit der Sanktion der Abfindungszahlung verbunden ist - von Ausnahmefällen, in denen zwingende Gründe eine Abweichung notwendig werden lassen, kann hier abgesehen werden, weil diese die Struktur der Mitwirkungsrechte unberührt lassen - übt diese Verpflichtung auch einen wirtschaftlichen Druck auf den ArbG aus, der ihn zu ihrer Beachtung veranlassen wird. Da der Betriebsrat auf Grund der Regelungen der §§ 72 Abs.2 und 73 BetrVerfG immer eine derartige den ArbG verpflichtende Einigung oder einen der Einigung gläichgestellten Einigungsvorschlag herbeiführen kann, sind diese Mitwirkungsrechte der ArbN eine rechtliche Beschränkung der Entscheidungsfreiheit des ArbG und die Kausalität zwischen der Handlung des Betriebsrates und einer Betriebsstörung, die Folge einer Einigung bzw. eines Einigungsvorschlages im Sinne von § 73 Abs.2 BetrVerfG ist, muß bejaht werden.

Allerdings ist eine Verursachung nur in den Fällen gegeben, in denen sich der ArbG und der Betriebsrat über eine durchzuführende Maßnahme einigen oder wenn von einem der Partner hierzu die bindende Entscheidung der Vermittlungsstelle angerufen wird; denn da die Mitwirkung des Betriebsrates nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit der ArbG-Maßnahme ist und nur die Einigung zwischen den Partnern oder der Spruch der Vermittlungsstelle den ArbG verpflichten, ist der ArbG in den Fällen, in denen der Betriebsrat keine Stellungnahme abgibt oder den Vorschlag des ArbG ablehnt, ohne die Vermittlungsstelle anzurufen, in seiner Entscheidung frei, ob und wie er die geplante Maßnahme durchführt. Seine Entscheidung ist deshalb auch allein ursächlich für eine daraus entstehende Betriebsstörung.

Soweit also ein Ursachenzusammenhang zwischen einer Betriebsstörung und der Ausübung der Mitwirkungsrechte nach § 72 BetrVerfG besteht, verlieren die ArbN für die Dauer der Betriebsstörung die Hälfte ihrer Lohnansprüche.

(1) Galperin-Siebert, vor § 72 Anm. 15

II. Die Mitwirkung der ArbN im Aufsichtsrat und Vorstand der das Unternehmen betreibenden Gesellschaft.

1. Wenn in der folgenden Untersuchung nach dem Einfluß der Mitwirkung im Aufsichtsrat auf das "Betriebsrisikoproblem" gefragt wird, so bezieht sich die Erörterung zunächst auf die Mitwirkung von Vertretern der ArbN im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, da auch die gesetzlichen Regelungen in § 76 BetrVerfG und § 3 MitbestG diese Gesellschaftsform zum Ausgangspunkt nehmen.

Ebenso wie bei der Untersuchung über den Einfluß der in §§ 49-75 BetrVerfG geregelten Mitwirkungsrechte der ArbN auf die Lohnzahlungspflicht des ArbG bei Betriebsstörungen, ist auch hier die entscheidende Frage, ob die ArbN eine Betriebsstörung zu vertreten haben, weil deren Eintritt in einem rechtlichen Zusammenhang mit der Ausübung der Mitwirkungsrechte der ArbN-vertreter im Aufsichtsrat steht.

Auf die allgemeinen Erörterungen im Rahmen der Untersuchungen unter I. kann deshalb zum Teil verwiesen werden. Es ergeben sich jedoch bei dieser Art von Mitwirkungsrechten eine Reihe von Besonderheiten im Hinblick auf das "Betriebsrisikoproblem", die einer Erörterung bedürfen.

- a) Bei der Mitwirkung der ArbN durch Entsendung von ArbN-vertretern in den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft erscheint es problematisch, ob eine Betriebsstörung überhaupt im Zusammenhang mit Handlungen des Aufsichtsrates stehen kann; denn nach der Regelung des Aktiengesetzes ist der Aufsichtsrat von der Geschäftsführung ausgeschlossen, § 111 Abs.4 AktG, und die Geschäftsführung steht ausschließlich dem Vorstand zu, § 76 Abs.1 AktG.
- aa) Daraus kann aber noch nicht der Schluß gezogen werden, daß die Mitwirkung der ArbN-vertreter im Aufsichtsrat

für die Lohngefahr bei Betriebsstörungen unerheblich sei. Wird nämlich die gesetzliche Regelung der Aktiengesellschaft analysiert, so erweist sich, daß die Leitungs- und Entscheidungsbefugnis des Vorstandes ein abhängiges und von den Aktionären der Gesellschaft abgeleitetes Recht ist. Die Aktionäre als Eigner des die Basis der Gesellschaft bildenden Kapitals sind die Rechtsträger der Aktiengesellschaft. Da in der Regel das Kapital der Aktiengesellschaft durch eine Vielzahl von Aktionären gehalten wird, haben die Aktionäre im Interesse eines aktionsfähigen Geschäftsführungsorgans keine direkte Geschäftsführungsbefugnis, sondern nach den gesetzlichen Regelungen nur ein doppelt gestuftes mittelbares Bestimmungsrecht; die Aktionäre haben den Aufsichtsrat zu wählen, der seinerseits durch die Wahl des Vorstandes, dessen Überwachung und Abberufung einen mittelbaren, durch den Vorbehalt der Zustimmung zu bestimmten Arten von Geschäften einen unmittelbaren Einfluß auf die Geschäftsführung des Vorstandes ausübt. Diese Beeinflussungsmöglichkeit ist die Folge der im Gesellschaftsverband notwendigen Gliederung und durch sie wird die sachgerechte Beziehung zwischen dem Eigentum und der aus dem Eigentum hervorgehenden Entscheidungsbefugnis hergestellt.⁽¹⁾ Die ausschließliche Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes ist also von den Aktionären der Gesellschaft abhängig, so daß die Handlungen des Vorstandes stets im rechtlichen Zusammenhang mit den Rechten der Aktionäre stehen. In diesem durch die mittelbare Einflußmöglichkeit der Aktionäre hergestellten Zusammenhang zwischen Innehabung der Rechte und Leitung der Aktiengesellschaft liegt auch die Begründung dafür, daß die Aktionäre für die Unternehmensleitung verantwortlich sind, indem sie das Risiko tragen, durch die Geschäftsführung des Vorstandes den Ertrag ihres Kapitals oder sogar ihr Kapital selbst zu verlieren.

(1) Reinhardt in Referat des 39. Deutsch. Juristentages, B, Seite 31

Da das Bestimmungsrecht der Aktionäre nach der Gliederung der Aktiengesellschaft durch den Aufsichtsrat vermittelt wird, kommt den Maßnahmen des Aufsichtsrates in dem Rechtsverhältnis zwischen Aktionär und Vorstand erhebliche Bedeutung zu. Daraus ergibt sich, daß die Maßnahmen des Vorstandes in einem allgemeinen rechtlichen Zusammenhang mit den Befugnissen des Aufsichtsrates stehen und damit auch ein Zusammenhang zwischen Betriebsstörungen und den Maßnahmen des Aufsichtsrates besteht.

- ab) Hiergegen wird eingewendet, daß jeder tatsächliche, auch nur mittelbare Einfluß des Aufsichtsrates auf die Geschäftsführung des Vorstandes fehle und damit ein rechtlicher Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Aufsichtsrates und den Handlungen des Vorstandes nicht vorhanden sei.⁽¹⁾ Die Vertreter dieser Meinung begründen ihre Behauptung damit, daß in weiten Bereichen der Wirtschaft und vor allen Dingen bei großen Gesellschaften der Vorstand nicht vom Aufsichtsrat abhängig, sondern eine sich selbst kontrollierende Managerherrschaft sei, die keiner anderen Kontrolle unterliege als durch sich selbst. Nicht nur, daß der Vorstand für seine Zusammensetzung eine "Kooptation" ausübe, sondern er habe auch auf die Wahl des Aufsichtsrates, der ihn eigentlich kontrollieren solle, beherrschenden Einfluß durch die Aufstellung von Wahlvorschlägen, die er der Hauptversammlung zur Wahlbestätigung vorlege.

Dieses Argument von der "Verselbständigung" der Vorstände der Großunternehmen, das nicht aus den gesetzlichen Regelungen abgeleitet wird sondern sich auf Beobachtung tatsächlicher Verhältnisse stützt, scheint im Zusammenhang mit der Mitwirkung der ArbN im Aufsichtsrat von Bedeutung zu sein, da die Mitwirkung der ArbNvertreter z.T. an die Größe des Unternehmens gebunden ist. Dies trifft aber nicht zu. Wenn §§ 76 Abs. 6, 77

(1) Meztmäcker, S. 91; Ballerstedt in Bericht des Ausschusses I des 39. Deutsch. Juristentages, S. 30

BetrVerfG fünfhundert ArbN, § 1 Abs.2 MitbestG tausend ArbN als Mindestgröße für die Unternehmen vorschreiben, an deren Aufsichtsrat die ArbN zu beteiligen sind, so werden damit lediglich Unternehmen, die unter dem persönlichen Einfluß eines oder mehrerer Unternehmer stehen, von der Beschränkung der Unternehmerrechte durch diese Mitwirkungsrechte ausgenommen. Daß dies der Inhalt der gesetzlichen Regelung ist, wird dadurch deutlich, daß bei den Aktiengesellschaften, bei denen eine solche Unternehmerstellung nicht vorhanden ist, eine Einschränkung der Mitwirkungsrechte nach der Größe der Gesellschaft nicht besteht. Die Mitwirkung der ArbN im Aufsichtsrat hat also nicht eine "Verselbständigung des Unternehmens" gegenüber den Aktionären zur Voraussetzung. Die These von der "Verselbständigung des Unternehmens" trifft außerdem regelmäßig nicht für die deutschen Aktiengesellschaften zu. Wenn sich nämlich, wie es häufig der Fall ist, das Gesellschaftskapital nicht völlig im Streubesitz befindet, so wird die Hauptversammlung und der Aufsichtsrat von einem oder mehreren Großaktionären beherrscht, die dabei garnicht über die absolute Mehrheit zu verfügen brauchen. In diesem Fall liegt die Entscheidung über die Bestellung und Abberufung eindeutig beim Aufsichtsrat und es ist dem Vorstand nicht möglich, die Stimmabgabe der Aktionäre und Aufsichtsratsmitglieder zu manipulieren, was Voraussetzung für eine "Verselbständigung des Unternehmens" ist. Vielmehr tritt hier die im Gesetz vorgesehene Abhängigkeit des Vorstandes vom Aufsichtsrat deutlich hervor, der Aufsichtsrat ist hier das vom Vorstand unabhängig entscheidende, den Vorstand kontrollierende Gesellschaftsorgan.⁽¹⁾

Diese Stellung des Aufsichtsrates wird durch die Mitwirkung der ArbN-vertreter in ihm noch verstärkt; denn die "Verselbständigung des Vorstandes" kann nur dort eintreten, wo der Vorstand auf die Entscheidungen des

(1) Schilling in Bericht des Ausschusses II des 39.Deut. Juristentages, S.77; Redding in NJW 56,48; H.Rasch in FAZ vom 21.6.1961:"Aufsichts- oder Verwaltungsrat"

Aufsichtsrates wesentlichen Einfluß nehmen kann. Das setzt voraus, daß die Aufsichtsratsmitglieder vom Vorstand abhängig sind, d.h., daß der Vorstand durch eine Manipulation der Aktionärsstimmen über die Aufsichtsratsmandate verfügen kann. Eine derartige Möglichkeit mag bei Aktiengesellschaften bestehen, deren Aktionäre an der Ausübung ihres Rechts zur Wahl des Aufsichtsrates nicht interessiert sind und nur ihre Dividendenrechte beachten.⁽¹⁾ Im Gegensatz dazu werden die ArbN-vertreter ihre Mitwirkungsrechte zu wahren wissen und auf diesem Wege dazu beitragen, daß der Aufsichtsrat die vom Gesetz vorgesehene Kontrolle über den Vorstand ausübt.⁽²⁾

Es ist daher festzustellen, daß ein rechtlicher Zusammenhang zwischen den Handlungen des Vorstandes und den Entscheidungen des Aufsichtsrates besteht und insofern auch ein rechtlicher Zusammenhang zwischen den Maßnahmen des Aufsichtsrates und auftretenden Betriebsstörungen gegeben ist.

- b) Gegen eine Änderung der in § 615 BGB geregelten Lohngefahr infolge der Mitwirkung der ArbN-vertreter im Aufsichtsrat wird vorgebracht, daß die von den ArbN entsandten Aufsichtsratsmitglieder nicht allein in der Lage seien, dort ihre Meinung in Entscheidungen durchzusetzen.⁽³⁾ Zur Begründung hierfür wird darauf hingewiesen, daß bei der Mitwirkung nach § 76 BetrVerfG die ArbN-vertreter immer in der Minderheit seien, daß aber auch bei der paritätischen Aufsichtsratsbesetzung nach § 4 MitbestG die Parität nicht mehr als ein Vetorecht bei qualifizierten Mehrheitsbeschlüssen gebe⁽⁴⁾, im übrigen aber die Entscheidung von dem "elften Mann" abhängen.

Es ist zwar richtig, daß die ArbN-vertreter im Aufsichtsrat mit ihrem Stimmanteil keine Entscheidung gegen die

(1) Mestmäcker, S. 92

(2) Schilling in RdA 54, 441, 443 Anm. 15; Redding in NJW 56, 48

(3) Schmitz, S. 28/29

(4) Schmitz, S. 29

übrigen Aufsichtsratsmitglieder erzwingen können, auch nicht in der Lage sind, eine Entscheidung zu verhindern, wenn alle übrigen Aufsichtsratsmitglieder dafür stimmen. Das rechtswirksame Zustandekommen einer Entscheidung des Aufsichtsrates ist also nicht davon abhängig, daß die ArbN-vertreter der Entscheidung zugestimmt haben. Dieses für die Mitwirkungsrechte der §§ 49 - 75 BetrVerfG wesentliche Kriterium für ein Vertretenmüssen der ArbN ist jedoch für die Mitwirkung der ArbN im Aufsichtsrat nicht erheblich, weil zwischen beiden Arten der ArbN-Mitwirkung grundlegende Unterschiede bestehen. Bei der Mitwirkung durch den Betriebsrat handelt es sich darum, daß die Entscheidungen des ArbG und des Betriebsrates, also zwei Entscheidungen, zu einer Einigung geführt werden. Hierzu kann sogar eine dritte, neutrale Stelle hinzugezogen werden. Die Mitwirkung durch Entsendung von ArbN-vertretern in den Aufsichtsrat findet dagegen in einem Gesellschaftsorgan statt, dessen Entscheidung nicht durch eine Einigung aller Beteiligten herbeigeführt sondern im Wege der Abstimmung getroffen wird, wobei die Mehrheit den Inhalt der Entscheidung bestimmt.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß sich in einem Aufsichtsrat, in den von den ArbN Mitglieder entsandt werden, stets die Gruppe der Aktionärsvertreter und die Gruppe der ArbN-vertreter gegenüberstehen und daß die Wirksamkeit der Mitwirkungsrechte doch danach beurteilt werden muß, welche der beiden Gruppen in der Lage ist, den Inhalt der Entscheidung zu bestimmen.

Dieser Einwand ist deshalb nicht stichhaltig, weil die in den Aufsichtsrat gewählten ArbN-vertreter ebenso wie die Aktionärsvertreter ihre Entscheidungen nach den Interessen der Gesellschaft unter Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu treffen haben, §§ 3 MitbestG, 116, 93 AktG. Haben die Mitglieder des Gesellschaftsorgans aber bei ihren Entscheidungen die gleichen Gründe zu berücksichtigen,

so ist eine Mehrheitsbildung bei einer Beschlußfassung eine von den jeweiligen Gegebenheiten abhängige Tatsache, die selbst dann, wenn sich dabei die Aktionärsvertreter und die ArbN-vertreter gegenüberstehen sollten, keine Folge des Mitwirkungsrechtes ist. Dementsprechend ist es nach § 108 Abs. 2 Satz 4 AktG für die Wirksamkeit einer Aufsichtsratsentscheidung ohne Bedeutung, ob das im Gesetz vorgeschriebene zahlenmäßige Verhältnis zwischen den von den Aktionären und den von den ArbN gewählten Mitgliedern im Einzelfall gewahrt ist.⁽¹⁾ Es kann nicht behauptet werden, daß sich trotz dieser Rechtslage bei der Arbeit des Aufsichtsrates regelmäßig eine Frontbildung der ArbN-vertreter ergeben wird. Da die von den ArbN gewählten Aufsichtsratsmitglieder in allen Fragen mitzuentcheiden haben, für die der Aufsichtsrat zuständig ist⁽²⁾, wird es sich oft um Probleme handeln, die die Interessen der ArbN nicht unmittelbar berühren, so daß eine einseitige Beurteilung der Sachlage durch die ArbN-vertreter insoweit nicht möglich ist. Aber selbst dann, wenn man für manche Entscheidungen unterstellt, daß die ArbN-vertreter bei ihren Überlegungen u.U. die sozialen Interessen der ArbN mehr berücksichtigen als die übrigen Aufsichtsratsmitglieder, so kann daraus doch nicht gefolgert werden, daß grundsätzlich die Meinungen der ArbN-vertreter und der Aktionärsvertreter unversöhnlich gegenüberstehen. Ebenso ist es nicht gerechtfertigt, davon auszugehen, daß die Aktionärsvertreter immer dieselbe Auffassung vertreten und eine durch die Stimmen der ArbN-vertreter nicht angreifbare Mehrheit bilden; denn ihre Entscheidungen werden entsprechend den divergierenden Interessen der Aktionärsgruppen, die sie gewählt haben, voneinander abweichen. Die Meinungsverschiedenheiten werden deshalb oft nicht zwischen den ArbN-vertretern und den Aktionärsvertretern bestehen, sondern quer durch diese gehen.⁽³⁾

(1) Schmidt in Großkomm.z.AktG, Bd. I, § 89 Anm. 6

(2) Hueck-Nipperdey, Bd. II § 73 II 5 (897)

(3) Dietz, S. 18; Huber Bd. II S.556 f; Bührig in Diskussion des 39. Deutsch. Juristentages, B.S. 108

Ist deshalb davon auszugehen, daß weder nach der rechtlichen Regelung der Mitwirkungsrechte noch durch ihre Ausübung eine starre Frontenbildung zwischen Aktionärsvertretern und ArbN-vertretern besteht, so kommt es für die Frage der Wirkung der Mitwirkungsrechte nicht darauf an, in welchem Verhältnis der Aufsichtsrat durch die ArbN einerseits und die Aktionäre andererseits bestellt wird. Maßgebend für die Beurteilung der mit einem Aufsichtsratsmandat verbundenen Befugnisse ist vielmehr, daß die Entscheidungen des Aufsichtsrates durch Mehrheitsbeschlüsse getroffen werden müssen. Mit jedem Stimmrecht im Aufsichtsrat ist also die Möglichkeit gegeben, zusammen mit anderen Stimmen die Mehrheit für die eigene Meinung zu gewinnen und den Inhalt der Entscheidung in diesem Sinne zu bestimmen. Gleichermäßen kann aber auch jedes Mitglied des Aufsichtsrates überstimmt werden. Es gibt also im Aufsichtsrat ein Bestimmungsrecht nur in dem Sinne, daß damit die Möglichkeit gegeben ist, einen bestimmten Inhalt einer Entscheidung herbeizuführen, nicht jedoch in dem Sinne, daß eine Entscheidung mit einem bestimmten Inhalt erzwungen werden kann.

Aus diesem Grunde wird es als selbstverständlich angesehen, daß die Aktionäre das Risiko eines Verlustes gleichmäßig tragen müssen, ohne Rücksicht auf den Einfluß, den die von ihnen gewählten Mitglieder des Aufsichtsrates auf dessen Entscheidungen ausgeübt haben. Das in der Anzahl der Stimmrechte liegende Ausmaß des Entscheidungsrechtes korrespondiert lediglich mit dem Ausmaß der Beteiligung, natürlich auch der Beteiligung am Risiko, ist aber nicht für die Frage ausschlaggebend, ob überhaupt ein Entscheidungsrecht vorliegt. Die nach § 76 BetrVerfG oder § 4 MitbestG von den ArbN in den Aufsichtsrat gewählten Mitglieder nehmen also in der für Kapitalgesellschaften angemessenen Form an der Unternehmensleitung teil⁽¹⁾, sie haben ein Mitentscheidungsrecht.⁽²⁾

(1) Huber Bd.II, S. 556

(2) Dietz, vor § 76 Anm. 1; Neumann-Duesberg, S. 602; unzutreffend Galperin-Siebert, § 76 Anm.3

- c) Auf Grund dieses Ergebnisses, daß die Befugnisse der ArbN-vertreter Mitentscheidungsrechte sind, wird der Schluß gezogen, daß die ArbN entsprechend dem Ausmaß der Beteiligung im Aufsichtsrat an dem "Betriebsrisiko" beteiligt sind, so daß die ArbN in Unternehmen mit einer Beteiligung nach § 76 BetrVerfG ein Drittel, in Unternehmen der Montanindustrie die Hälfte ihres Lohnanspruches bei Betriebsstörungen verlieren.⁽¹⁾

Hierbei wird jedoch übersehen, daß für ein Vertretenmüssen von Betriebsstörungen durch die ArbN weitere Voraussetzung ist, daß ein rechtlicher Zusammenhang zwischen den ArbN und den Handlungen der ArbN-vertreter im Aufsichtsrat besteht. Bisher wurde nur festgestellt, daß ein rechtlich erheblicher Zusammenhang zwischen Betriebsstörung und den Befugnissen der ArbN-vertreter im Aufsichtsrat besteht. Zu prüfen ist noch, ob die Befugnisse, die die ArbN-vertreter wahrnehmen, Rechte der ArbN sind; denn nur dann müssen sich die ArbN ihren individualrechtlichen Lohnansprüchen die Folgen der Ausübung ihrer kollektiven Mitwirkungsrechte entgegenhalten lassen.

Für die Mitwirkungsrechte der §§ 49 - 75 BetrVerfG wurde festgestellt, daß diese zwar durch den Betriebsrat wahrgenommen werden, die ArbN aber selbst die Inhaber dieser Befugnisse sind und daß hierin der rechtliche Zusammenhang zwischen dem individualrechtlichen Lohnanspruch und dem kollektiven Mitwirkungsrecht besteht. Für die Beteiligung der ArbN im Aufsichtsrat ist es jedoch mit Rücksicht darauf, daß die nach § 76 BetrVerfG bzw. § 4 MitbestG zu wählenden ArbN-vertreter Mitglieder eines Gesellschaftsorgans werden, fraglich, ob die Mitentscheidungsbefugnis der ArbN-vertreter im Aufsichtsrat ein Recht der ArbN ist, das von den ArbN-vertretern ausgeübt wird, oder ob das den ArbN zustehende Mitwirkungsrecht nur in der Wahl und Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder besteht.

⁽¹⁾ Koenigs in Betrieb 1951, 898; Kaufmann in RdA 52, 454, allerdings nur für Montanunternehmen

Wie bereits in anderem Zusammenhang dargestellt wurde, haben die in den Aufsichtsrat gewählten ArbN-vertreter die gleichen Rechte wie die von den Aktionären gewählten Aufsichtsratsmitglieder.⁽¹⁾ Sie sind in ihrer Amtsführung unabhängig von Weisungen und Aufträgen, sei es durch die ArbN, die Betriebsräte oder die in den Betrieben vertretenen Gewerkschaften.⁽²⁾ Nach § 116 AktG und § 93 AktG haben sie bei der Wahrnehmung ihrer Rechte die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Sie haben ebenso wie die übrigen Aufsichtsratsmitglieder die Interessen des Unternehmens zu verfolgen⁽³⁾ und dürfen nur in diesem Rahmen auch Interessen der ArbN berücksichtigen. Die ArbN-vertreter haften für die Verletzung dieser ihnen obliegenden Sorgfaltspflichten ebenso wie die Aufsichtsratsmitglieder, die durch die Aktionäre gewählt werden. Diese Haftung besteht entsprechend der Mitgliedschaft in einem Gesellschaftsorgan nur gegenüber der Gesellschaft, nicht gegenüber den ArbN, durch die sie gewählt werden. Dementsprechend hat die Hauptversammlung über die Entlastung des Aufsichtsrates zu beschließen, wobei zwischen ArbN- und Aktionärsvertretern kein Unterschied besteht. Nur ein Beschluß der Hauptversammlung kann auch die Ersatzpflicht eines Aufsichtsratsmitgliedes gegenüber der Gesellschaft ausschließen, § 93 Abs.4 AktG. Die ArbN-vertreter stehen also ausschließlich in einer gesellschaftsrechtlichen Verantwortung. Die Bezeichnung "Vertreter der ArbN", wie sie das Gesetz gebraucht, ist deshalb nur insofern zutreffend, als sie sich auf den Bestellungsverfahren bezieht. Sie darf jedoch nicht als Hinweis auf die Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder aufgefaßt werden⁽⁴⁾, da die Aufsichtsratsmitglieder gerade nicht nur Vertreter von ArbN-Interessen sind.⁽⁵⁾

(1) BAG in BB 57, 1179; Hueck-Nipperdey Bd.II § 73 II 5 (897); Galperin-Siebert, § 76 Anm.44

(2) Galperin-Siebert, § 76 Anm. 47

(3) Boldt, § 2 Anm. 2, § 4 Anm. 10 a

(4) Fitting-Kraegeloh, § 76 Anm. 122

(5) Huber, Bd. II, S. 574

Unterscheiden sich die Mitentscheidungsrechte der ArbN-vertreter von den Befugnissen der übrigen Aufsichtsratsmitglieder nicht, sind sie diesen vielmehr gleich, so sind sie nichts anderes als gesellschaftsrechtliche Befugnisse. Rechtsinhaber der Gesellschaft sind aber auch in den Unternehmen, in denen die Aufsichtsräte teilweise durch die ArbN besetzt werden, ausschließlich die Aktionäre; denn die ArbN sind durch die Einführung des Mitwirkungsrechtes im Aufsichtsrat nicht in eine Rechtsgemeinschaft mit der Gesellschaft getreten.

Die Befugnisse der ArbN-vertreter sind daher keine den ArbN selbst zustehenden Rechte, die lediglich durch die gewählten Aufsichtsratsmitglieder ausgeübt werden. Das Beteiligungsrecht der ArbN besteht vielmehr lediglich in der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder, d.h. in dem Recht auf Repräsentation im Unternehmensorgan. Ein über dieses Wahlverhältnis hinausgehendes Rechtsverhältnis zwischen den ArbN und den von ihnen gewählten Aufsichtsratsmitgliedern besteht also nicht. Zur Bestätigung dieser Schlußfolgerung kann auf die Regelung des § 111 Abs.4 AktG hingewiesen werden. Wenn danach das Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrates zu bestimmten Arten von Geschäften durch einen Hauptversammlungsbeschluß ersetzt werden kann, so ist dies insofern begründet, als die Aktionäre Rechtsinhaber der Gesellschaft sind und die Befugnisse der Aufsichtsratsmitglieder nur abgeleitete Rechte sind. Da dieses Recht nach dem Gesetz den Aktionären unabhängig davon zusteht, ob der Aufsichtsrat zu einem Drittel oder paritätisch mit ArbN-vertretern besetzt ist, setzt diese Regelung voraus, daß der Rechtsgrund für diese Befugnisse der ArbN-vertreter im Aufsichtsrat nicht bei den ArbN des Unternehmens liegt; denn anderenfalls wäre diese Regelung ein unzulässiger Eingriff in die Rechte der ArbN.

Die Regelung des § 76 Abs.5 BetrVerfG bzw. § 11 Abs.2 MitbestG, wonach die ArbN-vertreter vor Ablauf der Wahlzeit abberufen werden können, widerspricht diesem Ergeb-

nis nicht. Das Recht zur Abberufung ist nämlich nur die Entsprechung zu der Regelung des § 103 AktG, die der Hauptversammlung das Abberufungsrecht hinsichtlich der von ihr gewählten Aufsichtsratsmitglieder gibt. Wenn das Abberufungsrecht, das sich für die Aktionäre aus der Stellung als Rechtsinhaber der Gesellschaft ergibt, beibehalten werden soll, andererseits ein Eingriff der Aktionäre in das Mitwirkungsrecht der ArbN nicht zulässig ist, muß die Befugnis zur Abberufung der von den ArbN gewählten Aufsichtsratsmitgliedern als *contrarius actus* den ArbN zustehen. Das Recht zur Abberufung ist also eine Ergänzung des Wahlrechts der ArbN, geht aber nicht über diese Befugnis hinaus.

Es ist zwar zuzugeben, daß durch die Möglichkeit der Abberufung ein indirekter Druck auf die ArbN-vertreter ausgeübt werden kann, in ihren Entscheidungen die Interessen der ArbN besonders zu berücksichtigen. Dieser mögliche mittelbare Einfluß genügt jedoch nicht, die Rechte der ArbN-vertreter als Mitglieder des Gesellschaftsorgans zu ändern, insbesondere ein über das Wahlverhältnis hinausgehendes Rechtsverhältnis zwischen den ArbN-vertretern und den ArbN zu begründen.

Damit ist festgestellt, daß die Befugnisse, die durch die ArbN-vertreter im Aufsichtsrat wahrgenommen werden, keine Rechte der ArbN sind und das Mitwirkungsrecht der ArbN nur in dem Wahlrecht besteht. Es fehlt mithin an einem rechtlichen Zusammenhang zwischen dem Verhalten der ArbN-vertreter und den ArbN des Unternehmens und damit an der Voraussetzung dafür, daß die ArbN das Verhalten der Aufsichtsratsmitglieder zu vertreten haben.

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß die Beteiligung der ArbN im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft keine Änderung in der Regelung über die Gefahrtragung bezüglich des Lohnanspruches bei Betriebsstörungen herbeiführt. Die Regelung des § 615 BGB bleibt also von diesen Mitwirkungsrechten unberührt.⁽¹⁾

(1) Im Ergebnis ebenso: Hueck-Nipperdey, Bd. I §44 Anm. 119 (352); Herschel in Arbbl.f.d.brit.Z. 48, 227; Jorns, S. 1132; Schmitz, S. 129 f

2. Da sich die bisherigen Untersuchungen nur auf die Beteiligung der ArbN im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft bezogen hat, muß noch geklärt werden, ob die Beteiligung der ArbN im Aufsichtsrat von Unternehmen, die in einer anderen Gesellschaftsform betrieben werden, die Pflicht des ArbG zur Lohnfortzahlung bei Betriebsstörungen ebenfalls unverändert bestehen läßt.

a) Bei den Gesellschaften mit beschränkter Haftung und den bergrechtlichen Gewerkschaften, die unter die Regelungen des MitbestG fallen, ergibt sich die Antwort daraus, daß nach §§ 3 Abs.2, 12 MitbestG bei diesen Gesellschaften die Vorschriften des AktG auf die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates sinngemäße Anwendung finden. Damit werden zwar den Gesellschaftern und Gewerken alle die Befugnisse genommen, die ihnen nach dem Gesellschaftsrecht eine direkte Einflußnahme auf die Geschäftsführung gestatten⁽¹⁾, so daß dem Aufsichtsrat auch in diesen Gesellschaften ein Entscheidungsrecht zusteht. Aber auch in diesen Gesellschaften besteht das Mitwirkungsrecht der ArbN nur in der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder und erstreckt sich nicht auf die Befugnisse des Aufsichtsrates. Es fehlt deshalb auch hier an dem Rechtsverhältnis zwischen den Handlungen des Aufsichtsrates und den ArbN, das Voraussetzung für ein Vertretenmüssen durch die ArbN ist.⁽²⁾

b) Für die nicht als Aktiengesellschaften betriebenen Unternehmen, bei denen nach §§ 76,77 BetrVerfG eine Beteiligung der ArbN im Aufsichtsrat vorgeschrieben ist, fehlt eine den §§ 3 und 12 MitbestG entsprechende umfassende Verweisung auf die Rechtsstellung des Aufsichtsrates in der Aktiengesellschaft. In diesen Fällen bleiben also die Aufgaben und Befugnisse des Aufsichtsrates, wie sie sich aus der gesellschaftsrechtlichen

(1) Müller-Lehmann, § 3 Anm.29; Kötter § 3, Anm. 6; Fitting in AR Blattei: Mitbestimmung der ArbN III A, C, II

(2) Die Regelungen des MitbestErgG bedürfen keiner weiteren Erörterung, da sie nur die Frage behandeln, welche Art der ArbN-Mitwirkung in den Gesellschaften, die ein anderes Unternehmen beherrschen, Anwendung findet.

Regelung des jeweiligen Unternehmens ergeben, durch die Regelungen der Mitwirkungsrechte unberührt.⁽¹⁾

Im einzelnen ergibt sich folgendes:

Bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) erschöpfen sich die Rechte des Aufsichtsrates nahezu in der Überwachung der Geschäftsführung. Da dieser Überwachungsbefugnis jedes wirksame Mittel zur Einflußnahme auf die Geschäftsführung fehlt, diese vielmehr ausschließlich durch die Komplementäre wahrgenommen wird, die in dieser Stellung unabhängig von den Kommanditaktionären sind, § 278 Abs.2 AktG i.Verb. m.

§ 164 HGB, fehlt es dem Aufsichtsrat der KGaA bereits an einem Entscheidungsrecht. Die Beteiligung der ArbN im Aufsichtsrat kann schon deshalb keinen Einfluß auf die Regelung des § 615 BGB haben.

Für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ist die Gesellschafterversammlung auch nach Einführung der Mitwirkung der ArbN durch § 77 BetrVerfG das oberste Organ⁽²⁾, dem neben dem Recht zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer auch die Befugnis zusteht, die Geschäftsführung zu überwachen und ihr sogar direkte Anweisungen zu erteilen.⁽³⁾ Die Rechtsstellung der Gesellschafter wird also durch § 77 BetrVerfG nicht eingeschränkt.⁽⁴⁾ Dies bedeutet, daß dem Aufsichtsrat der GmbH in der Regel kein für die Geschäftsführung erhebliches Mitentscheidungsrecht zusteht. Allerdings kann die Satzung der GmbH diese im Gesetz getroffene Kompetenzverteilung ändern und dem Aufsichtsrat Befugnisse einräumen, die ihn dem Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft gleichstellen.⁽⁵⁾ Ebenso wie diese Rechte des Aufsichtsrates durch Satzung geschaffen werden können, sind sie jedoch

(1) Erdmann, Vorbem. zu § 76

(2) Hueck in BB 53, 325, 327

(3) Froehlich-Franke-Wagner, S.44/45; Fitting-Kraegeloh § 77 Anm. 10

(4) Dietz in Lehmann-Festschrift, S. 709

(5) Galperin-Siebert, § 77 Anm. 11 a; Hueck in BB 53, 327

durch Satzungsänderung auch wieder aufhebbar. Daran wird besonders deutlich, daß die Befugnisse der in den Aufsichtsrat entsandten ArbN ganz von der gesellschaftsrechtlichen Regelung abhängig sind und dementsprechend keine Rechte der ArbN sind. Es fehlt also bei der GmbH in jedem Falle an dem Rechtsverhältnis, das die Verbindung zwischen den ArbN und der Tätigkeit der ArbN-vertreter im Aufsichtsrat herstellt. Die Gefährungsverteilung nach § 615 BGB bleibt daher unberührt.

Für die Mitwirkung der ArbN im Aufsichtsrat von bergrechtlichen Gewerkschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit gilt das gleiche wie für die Beteiligung im GmbH-Aufsichtsrat, da auch in dieser Gesellschaftsform der Aufsichtsrat nur eine untergeordnete Rolle gegenüber den Rechten der Gewerkschaften hat, §§ 111, 118 Allgem. BergG. ⁽¹⁾

Wenn auch das Problem des "Betriebsrisikos" bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit kaum praktisch werden wird, da es hier an der Möglichkeit von Betriebsstörungen fehlt, so kann doch der Vollständigkeit halber erwähnt werden, daß sich hier die gleiche Rechtslage wie bei der Aktiengesellschaft ergibt; denn die Organisation des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit ist, was die Rechtsstellung des Aufsichtsrates betrifft, durch die Verweisung der §§ 34, 35 VAG auf die Vorschriften des AktG der Regelung in der Aktiengesellschaft gleichgestellt.

Bei den Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften kann zweifelhaft erscheinen, ob die Befugnisse des Aufsichtsrates eine Entscheidungsbefugnis bezüglich der Geschäftsführung umfassen, da im Gegensatz zur Aktiengesellschaft der Vorstand der Genossenschaft in der Regel von der Generalversammlung bestellt wird, § 24 Abs. 2 GenG. Andererseits hat der Aufsichtsrat im Rahmen seiner Aufgabe, die Geschäftsführung zu überwachen, das Recht, Mitglieder des Vorstandes vorläufig ihrer Geschäfte zu entheben und zur einstweiligen Fortführung der Geschäfte

(1) Galperin-Siebert, § 77 Anm. 15

das Erforderliche zu veranlassen, § 40 GenG. Je nach der Anzahl der Genossen wird der direkte Einfluß der Genossen in der Generalversammlung auf die Geschäftsführung unterschiedlich sein, so daß dem Aufsichtsrat durch diese Befugnisse im umgekehrten Verhältnis ein verschieden großer Einfluß auf die Aktionen des Vorstandes zukommt. Da dem Aufsichtsrat der Genossenschaft nach § 38 Abs.3 GenG durch das Statut weitere Aufgaben zugewiesen werden können⁽¹⁾, läßt sich generell nicht feststellen, ob der Aufsichtsrat ein die Geschäftsführung bestimmendes Mitentscheidungsrecht besitzt. Aber auch dann, wenn ein solches Mitentscheidungsrecht gegeben ist, ist diese Befugnis kein Recht der ArbN, so daß es an der Voraussetzung für das Vertretenmüssen der ArbN bezüglich der Aufsichtsratsmaßnahmen fehlt.

3. Für die Gesellschaften der Montanindustrie ist noch zu untersuchen, ob die Stellung des Arbeitsdirektors nach § 13 MitbestG die Gefahrverteilung nach § 615 BGB beeinflußt. Ausgangspunkt hierfür ist, daß der Arbeitsdirektor gleichberechtigtes Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs ist, § 13 Abs.1 Satz 1 MitbestG, und als solches mit den übrigen Vorstandsmitgliedern vom Aufsichtsrat gewählt wird, § 12 MitbestG. Der Arbeitsdirektor unterscheidet sich also in seinen Rechten als Organmitglied in nichts von den übrigen Vorstandsmitgliedern. Lediglich für die Bestellung und deren Widerruf ist eine besondere Regelung geschaffen, die den Einfluß der ArbN-vertreter im Aufsichtsrat bei der Wahl des Vorstandes hinsichtlich der Person des Arbeitsdirektors sicherstellen soll, § 13 Abs.1 Satz2 und 3 MitbestG. Aber damit hat er keine Vertrauensstellung, die ihn in Gegnerstellung zu den anderen Mitgliedern des Vorstandes brächte.⁽²⁾ Für die Ausübung seines Amtes ist der Arbeitsdirektor zur vertrauensvollen

(1) Fitting-Kraegeloh, § 77 Anm. 17

(2) Müller-Lehmann, § 13 Anm. 11

Zusammenarbeit mit dem Gesamtorgan verpflichtet, § 13 Abs. 2 MitbestG, das die Gesellschaft unter "eigener Verantwortung" zu leiten hat, § 76 Abs. 1 AktG. Das Recht auf die Wahl des Arbeitsdirektors in den Vorstand ist somit nur eine besondere Regelung des bereits den ArbN-vertretern im Aufsichtsrat zustehenden Rechtes zur Vorstandswahl. Die in § 13 MitbestG enthaltene Regelung hat also nur sekundäre Bedeutung⁽¹⁾ und kann deshalb in ihren Wirkungen im Verhältnis zu den ArbN nicht über das hinausgehen, was durch die Beteiligung der ArbN im Aufsichtsrat hervorgerufen wird. Bezieht sich aber das Mitwirkungsrecht nur auf die Wahl und Abberufung des Arbeitsdirektors, nicht jedoch auf seine Tätigkeit⁽²⁾, so fehlt es an dem Rechtsverhältnis, auf Grund dessen die ArbN für die Handlungen des Arbeitsdirektors einzustehen haben. § 13 MitbestG begründet somit keine Ausnahme von der Lohnfortzahlungspflicht des ArbG nach § 615 BGB.

III. Vertragliche Erweiterung der Mitwirkungsrechte.

Nachdem dargestellt worden ist, welchen Einfluß die im BetrVerfG und MitbestG geregelten Mitwirkungsrechte der ArbN auf die Tragung des "Betriebsrisikos" haben, ist abschließend noch zu erörtern, ob durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung die Mitwirkungsrechte der ArbN erweitert werden können, so daß hierdurch Sachverhalte entstünden, bei denen die ArbN über die bisher erörterten Fälle hinaus Betriebsstörungen zu vertreten hätten und das "Betriebsrisiko" tragen müßten.

Eine Erweiterung der Mitwirkungsrechte der ArbN im Aufsichtsrat und Vorstand des Unternehmens ist von vornherein aus der Erörterung auszuschneiden, da die Vereinbarung solcher erweiterter Befugnisse rechtlich unzulässig ist.⁽³⁾ Dies folgt daraus, daß die im Gesell-

(1) Redding in NJW 56, 48

(2) Boldt, § 13 Anm. 4 a

(3) allgem. Meinung, vgl. Galperin-Siebert, vor § 1 Anm. 53

schaftsrecht festgelegte Zusammensetzung und Zuständigkeit der Unternehmensorgane nicht durch eine Vereinbarung zwischen ArbG und ArbN, sondern nur durch gesetzliche Regelung geändert werden kann. Die Mitwirkung der ArbN im Aufsichtsrat und Vorstand des Unternehmens ist daher auf die in §§ 76,77 BetrVerfG, §§ 1 ff MitbestG aufgeführten Gesellschaftsarten in dem dort gesetzlich festgelegten Ausmaß beschränkt.

Über die Möglichkeit, durch Kollektivvereinbarungen die Mitwirkungsrechte der ArbN, die durch den Betriebsrat wahrgenommen werden, zu erweitern, bestehen in Schrifttum und Rechtsprechung unterschiedliche Auffassungen. Für das "Betriebsrisikoproblem" ist diese Frage erheblich, weil dann, wenn eine solche Erweiterungsmöglichkeit gegeben sein sollte, Tatbestände geschaffen werden könnten, bei denen die ArbN entsprechend den oben erarbeiteten Grundsätzen das "Betriebsrisiko" zu tragen hätten. Hierbei ist z.B. an den Fall zu denken, daß der in § 56 Abs.1 BetrVerfG enthaltene Katalog auf Gebiete ausgedehnt würde, die in einem möglichen sachlichen Zusammenhang mit einer Störung des Betriebsablaufs stehen. Weiterhin wäre eine Erweiterung der bereits durch das BetrVerfG geregelten Mitwirkungsrechte in der Weise denkbar, daß der Betriebsrat über die Sachverhalte des § 56 Abs.1 BetrVerfG hinaus die Befugnis erhielte, die Entschließungsfreiheit des ArbG mit rechtlichen Mitteln einzuschränken. Es ist deshalb erforderlich, die Frage zu beantworten, ob die Mitwirkungsrechte der ArbN durch Kollektivvereinbarung erweitert werden können.

Der Wortlaut des BetrVerfG gibt keinen Hinweis, ob die Regelungen über die Mitwirkungsrechte der ArbN abänderbar sind. Aus § 56 Abs.1 BetrVerfG kann die Möglichkeit einer Erweiterung der Mitwirkungsrechte nicht hergeleitet werden⁽¹⁾; denn hier wird gerade umgekehrt das

(1) so aber BAG in AP Nr.11 zu § 611 BGB, Akkordlohn

Gebiet der erzwingbaren Mitbestimmung auf den Bereich beschränkt, der nicht bereits Gegenstand einer gesetzlichen oder tarifvertraglichen Regelung ist.⁽¹⁾ Dessen gleichen kann nicht aus § 1 TVG abgeleitet werden, daß die Tarifvertragsparteien berechtigt seien, die Mitwirkungsrechte der ArbN vertraglich zu erweitern. Die Tarifaufonomie der Tarifvertragsparteien findet nämlich ihre Grenze in zwingenden gesetzlichen Regelungen, so daß aus der Tarifaufonomie nur dann der Schluß auf die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien gezogen werden kann, wenn festgestellt ist, daß die Regelungen des BetrVerfG über die Mitwirkungsrechte der ArbN nicht zwingend sind.⁽²⁾ Da es an einer ausdrücklichen Regelung dieses Problems im BetrVerfG fehlt, muß die Frage nach anderen Gesichtspunkten beantwortet werden. Die Festlegung der Mitwirkungsrechte in § 56 Abs. 1 BetrVerfG ist eine gesetzliche Entscheidung, die von den daran interessierten Vereinigungen hart umkämpft war. Die danach getroffene Regelung beendete diesen Interessenstreit und ist schon aus diesem Grunde abschließend und erschöpfend; wenn sich das auch nicht aus dem Wortlaut der Regelung ergibt, so ist es doch die mit ihrem Inhalt allein vereinbare Auslegungsmöglichkeit im Rahmen der vom Gesetzgeber getroffenen Gesamtregelung über die Betriebsverfassung. § 56 Abs. 1 BetrVerfG ist dann aber nicht nur als Mindestregelung anzusehen, die nach dem Belieben der Tarifvertragsparteien individuell erweitert werden kann, sondern sie ist die durch den Gesetzgeber festgelegte, für alle Betriebe und Unternehmen verbindliche, einheitliche Betriebsverfassung.⁽³⁾

(1) richtig BAG in AP Nr. 1 zu § 56 BetrVerfG, Akkord; Galperin in Betrieb 66, 622

(2) im Ansatz ebenso: Hueck in BB 52, 925

(3) Nikisch, Band III, § 111 V, 2 (352 f); Galperin in Betrieb 66, 624; Huber, Band II, S. 538

Es ist daher festzustellen, daß die Mitwirkungsrechte der ArbN, die durch den Betriebsrat wahrgenommen werden, durch Kollektivvereinbarungen nicht erweitert werden können. Daraus ergibt sich, daß die ArbN über die bereits erörterten Fälle hinaus das "Betriebsrisiko" nicht zu tragen haben.

Zusammenfassung

Die Frage, wer das "Betriebsrisiko" zu tragen hat, wird in § 615 BGB geregelt.

Danach hat der ArbG die Gefahr zu tragen, den ArbN die vertraglichen Löhne zahlen zu müssen, obwohl es ihm wegen einer Betriebsstörung unmöglich ist, die Arbeitsleistung anzunehmen. Der Tatbestand des § 615 BGB berücksichtigt nicht die aus der späteren Entwicklung des kollektiven Arbeitsrechtes entstandenen Sachverhalte. Die Tatbestände des kollektiven Handelns der ArbN und des Betriebsverfassungsrechts haben die Voraussetzungen der in § 615 BGB geregelten Gefahrverteilung verändert.

Es bestehen folgende Ausnahmen von der Regelung des § 615 BGB:

- 1) Ist die Betriebsstörung auf ein kollektives Handeln von ArbN des Betriebs oder des jeweiligen Tarifbezirks zurückzuführen, so müssen die arbeitswilligen ArbN wegen ihrer Gruppenzugehörigkeit das Verhalten dieser ArbN vertreten. Für die Dauer der Betriebsstörung besteht daher kein

Lohnanspruch für die arbeitswilligen ArbN.

- 2) Greifen die Mitwirkungsrechte der ArbN, die durch das BetrVerfG geregelt werden, in die Entscheidungsfreiheit des ArbG ein, so haben die ArbN die Gefahr zu tragen, den Lohnanspruch zu verlieren. Dabei handelt es sich um folgende Fallgruppen:
- a) Ist die Betriebsstörung durch eine Maßnahme verursacht worden, die auf einer gemäß §§ 56 oder 72 ff BetrVerfG zustandegekommenen Einigung zwischen ArbG und Betriebsrat beruht, so verlieren die ArbN für die Dauer der Betriebsstörung die Hälfte ihrer Lohnansprüche. Das gleiche gilt, wenn in diesen Fällen mangels einer Einigung zwischen ArbG und Betriebsrat die Entscheidung der Einigungs- bzw. der Vermittlungsstelle zu der Betriebsstörung geführt hat.
 - b) Ist die Betriebsstörung darauf zurückzuführen, daß eine vom ArbG geplante, der Mitwirkung des § 56 BetrVerfG unterliegende Maßnahme unterblieben ist, weil der Betriebsrat ihr nicht zugestimmt hat, so verlieren in diesen Fällen die ArbN ihre Lohnansprüche in vollem Umfang.
 - c) Wirkt der Betriebsrat unter rechtswidriger Ausnutzung seiner Macht auf den ArbG ein und bestimmt so den Inhalt einer Entscheidung des ArbG, so ist eine dadurch verursachte Betriebsstörung von den ArbN zu vertreten. In diesen Fällen verlieren die ArbN ihre Lohnansprüche.

Die übrigen Mitwirkungsrechte des BetrVerfG, MitbestG und MitbestErgG beeinflussen die Regelung des § 615 BGB über die Lohnfortzahlung bei Betriebsstörungen nicht. Eine vertragliche Erweiterung der Mitwirkungsrechte ist nicht möglich, begründet also ebenfalls keine Ausnahme von der Regelung der Gefahrtragung in § 615 BGB.

L e b e n s l a u f

=====

Am 26. Oktober 1934 wurde ich in Kassel als drittes Kind des Eisenbahninspektors Wilhelm Trescher und seiner Ehefrau Frieda Trescher, geb. Büchner geboren. Vom Herbst 1941 bis Ostern 1946 besuchte ich die Volksschule in Kassel, während der Evakuierung von 1944 bis zum Kriegsende die Volksschule in Wanfried/Werra. Anschließend besuchte ich das Realgymnasium in Kassel, ab 1949 bis zum Abitur im März 1955 das Realgymnasium in Marburg/Lahn. Von 1955 bis 1958 studierte ich an der Philipps-Universität zu Marburg sieben Semester Jura. Am 6. März 1959 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung. Meine Ausbildung als Gerichtsreferendar schloß ich im Juli 1963 mit der Großen Juristischen Staatsprüfung ab. Seit Oktober 1963 bin ich in der Rechtsabteilung eines Mannheimer Industriebetriebes tätig.

